

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

La
Réalisation Amiable
du Gage

(Etude de Lege Ferenda)

T H E S E
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 8 Juin 1936, à 14 heures

PAR

Albert SEGALL

Président : M. SOLUS, Professeur

Suffragants { M. CASSIN, Professeur
M. AMIAUD, Professeur

Librairie L. RODSTEIN
17, rue Cujas, PARIS (V^e)

1936

La
Réalisation Amiable
du Gage

(Etude de Lege Ferenda)

T H E S E
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 8 Juin 1936, à 14 heures

PAR

Albert SEGALL

Président : M. SOLUS, Professeur

Suffragants { M. CASSIN, Professeur
M. AMIAUD, Professeur

Librairie L. RODSTEIN
17, rue Cujas, PARIS (V°)

1936

La Faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MON FRERE, LE DOCTEUR MAX SEGAL

ET A MA BELLE-SŒUR ANDREE,

témoignage de mon affection et de ma reconnaissance.

AVANT-PROPOS

Lorsqu'un créancier, ayant une sûreté réelle affectée à la garantie de sa dette, veut poursuivre la réalisation de cette sûreté, (gage, hypothèque, antichrèse) le Code civil et le Code de procédure civile lui indiquent la voie à suivre.

Pour la réalisation du gage mobilier, le créancier est dispensé d'exercer la saisie et c'est là justement un des avantages qu'il retire du contrat. Mais certaines formalités lui sont imposées par l'art. 2078 C. civ., notamment l'autorisation judiciaire préalable, la vente publique ou, au cas où il demanderait au juge que le gage lui soit attribué en toute propriété à concurrence de sa créance, l'estimation par experts de l'objet sur lequel il veut se payer.

Quant à la réalisation du gage immobilier, hypothèque ou antichrèse, le créancier doit procéder à la saisie immobilière.

Le recours à ces formes de réalisation est gênant pour le créancier. Pour les saisies immobilières surtout, cela entraîne des frais considérables ; la procédure est longue, hérissée d'incidents. Ces inconvénients pour le créancier ont en définitive leur incidence en la personne du débiteur qui trouvera plus difficilement du crédit.

Aussi les parties ont-elles de tout temps essayé de

s'en affranchir. Il eût pu sembler que le grand principe de la liberté des conventions leur offrirait une base juridique suffisante pour leur permettre d'organiser au gré de leurs intérêts les modes de réalisation des objets garantissant les dettes.

Deux types de conventions s'offraient aux parties contractantes.

Par une première, le débiteur convenait avec son créancier que l'objet affecté à la sûreté de la dette lui restera acquis en pleine propriété si au jour de l'échéance la dette n'est pas payée. On a appelé cette convention le pacte comissoire. Cette convention est susceptible, d'ailleurs, d'être insérée dans le contrat même de gage ou d'hypothèque, ou bien de faire l'objet d'un contrat postérieur distinct. Elle constitue pour le créancier le moyen le plus radical d'éviter toutes voies d'exécution ou demandes d'autorisation.

Une autre convention a été imaginée par la pratique. Le créancier obtient du débiteur l'autorisation de vendre l'immeuble à l'amiable, se dispensant ainsi d'effectuer une saisie immobilière. D'ailleurs, cette clause, qui elle aussi pourrait intervenir au moment du prêt ou plus tard, est susceptible de variantes. On peut convenir que la vente sera faite dans une étude de notaire et on organisera une publicité de façon à sauvegarder les intérêts de tous ceux qui pourraient avoir un droit sur l'immeuble. On appelle cette clause la voie parée.

Mais les parties pourraient convenir aussi que la vente sera faite de gré à gré.

Quant au gage mobilier, les parties pourraient songer à écarter non pas les formalités de la saisie, puisqu'il ne faut pas saisir, mais l'autorisation de justice ou les autres

formalités exigées. On appelle parfois aussi — par extension — clause de voie parée, cette clause de réalisation en matière de gage mobilier.

Pour distinguer ces deux sortes de clauses de vente à l'amiable, celles qui supposent l'intervention du notaire et celles qui ne la supposent pas, nous appellerons la première clause de voie parée notariale et la deuxième clause de voie parée pure et simple.

Si la liberté des conventions était un principe d'ordre absolu, toutes ces conventions eussent été valables. Mais dans le monde juridique d'autres idées, dont il importe de tenir compte, entrent en jeu.

Une réserve générale est celle qu'impose l'idée de bonnes mœurs. Les conventions ne pourraient porter atteinte à la morale. Or, nous le verrons, on a accusé plus d'une fois certaines de ces clauses d'être entachées d'usure, d'être même contraires à la morale.

Par ailleurs, on a prétendu que les lois qui visent les voies d'exécution sont d'ordre public. Notamment pour la saisie immobilière, on a soutenu qu'il eût été illogique que le législateur réglemente avec tant de soins la voie à suivre s'il est loisible aux parties d'organiser à leur gré le mode d'exécution.

Il y aurait là un deuxième obstacle à la liberté des conventions qui ne saurait porter atteinte à l'ordre public pas plus qu'à la morale.

Ces considérations ont trouvé un écho dans la législation.

L'art. 2078 C. civ., concernant le gage mobilier, prohibe la clause commissaire et la voie parée.

L'art. 2088 C. civ. interdit à son tour le pacte commis-

soire en matière d'antichrèse, mais reste muet en ce qui touche la voie parée.

Aucune disposition dans le Code civil visant l'hypothèque.

Les parties profitèrent de cette lacune et par des conventions variées, soit du type du pacte comissoire, soit du type de la voie parée, réglèrent le mode d'exécution du gage hypothécaire.

Ce n'est qu'en 1841, qu'une loi réformant l'article 742 du Code de procédure civile déclara les règles de la saisie immobilière d'ordre public et l'impossibilité de les écarter par une convention privée. Mais rien n'y était dit pour le pacte comissoire en matière immobilière. Ces conventions continuèrent donc à être usitées et la jurisprudence comme la plupart des auteurs les reconnaissent valables.

Le principe de la liberté des conventions a été sérieusement entamé, mais non pas complètement étouffé en cette matière. Et sa vigueur est telle, qu'il détermina une véritable polémique autour des interdictions légales. Ces polémiques, qui commencèrent au lendemain du vote de la loi n'ont pas encore cessé. Un dernier écho se fit entendre à la Commission pour la réforme du Code de procédure civile, siégeant en 1935 au ministère de la justice. La discussion bientôt séculaire de l'abolition de l'interdiction de la voie parée y fut reprise.

Remarquons que seule l'interdiction de la voie parée en matière immobilière fut critiquée. On ne trouve ni dans la doctrine, ni dans le monde des affaires des discussions ou des objections tendant à rendre libres les conventions de réalisation privée du gage mobilier.

Cette distinction est caractéristique et nous croyons qu'on n'a pas, en général, essayé d'en saisir la véritable

signification. Nous essayerons de pénétrer les raisons et d'en tirer les conclusions qui s'imposent.

* * *

Dans la polémique ouverte sur la validité de la clause de voie parée, les arguments juridiques ne furent pas seuls à être invoqués. Les arguments économiques y abondent.

On parle des répercussions de l'interdiction sur le crédit en général, sur le crédit agricole en particulier.

Enfin, et ce n'est pas le moindre ressort des attaques violentes menées de part et d'autre, les intérêts de deux classes d'officiers ministériels s'en mêlent. C'est une lutte entre avoués et notaires.

* * *

Décrire et juger cette question sous son double aspect, juridique et économique, tel est le but de notre thèse. En un mot, nous nous proposons :

1° De voir quel est dans l'état actuel le domaine de la liberté des conventions — quelles sont les clauses interdites. Très souvent on se trompe sur la portée de cette interdiction, assimilant à tort gage, hypothèque et anti-chrèse.

2° De voir, après avoir porté un jugement critique sur l'état actuel du droit positif, dans quelle direction devrait se diriger une réforme législative éventuelle. Faut-il renforcer l'interdiction ? Faut-il, au contraire, ouvrir plus large la voie de la liberté des conventions ?

Avant d'étudier la position du problème en droit moderne, il nous a paru utile de jeter un regard rapide sur

les précédents historiques en cette matière. Cela est d'autant plus utile, que souvent on a fait appel dans les controverses qui se sont ouvertes ici des précédents romains ou de ceux de l'ancien droit français. Or, nous croyons que de grandes réserves s'imposent au maniement de ces arguments historiques (1). Le principe de la réalisation privée du

-
- (1) *Fustel de Coulanges*, *La cité antique*, édit. 1924, p. 2 : « Nous
« ne manquons de nous tromper sur ces peuples anciens
« quand nous les regardons à travers les opinions et les
« faits de notre temps ».

Montesquieu. De l'esprit des lois, Livre XXX, Ch. XIV *in fine* :
« Transporter dans des siècles reculés toutes les idées du
« siècle où l'on vit, c'est des sources de l'erreur celle qui
« est la plus féconde. A ces gens qui veulent rendre mo-
« dernes tous les siècles anciens, je dirai ce que les prêtres
« d'Egypte dirent à Solon :
« O Athéniens, vous n'êtes que des enfants ! »

Girard. Histoire de l'organisation judiciaire des Romains, I.
Les six premiers siècles de Rome. Paris 1901, Introduction,
p. X : « Il est impossible qu'une pareille étude ne fasse
« pas ressortir, dans les systèmes judiciaires principaux
« dont elle analyse les vicissitudes, certains avantages et
« certains inconvénients qui sont, du plus au moins, de
« tous les temps. Ils apparaissent dans un relief d'autant
« plus net que l'enquête est conduite avec plus de sévé-
« rité, avec un souci plus continu de voir les institutions
« du passé sous leur jour vrai et non pas dans le miroir
« trompeur du temps présent ».

gage est conditionné par le système juridique général, par les modes légaux de réalisation en particulier.

Les considérations sociales et économiques ont aussi leur influence, parfois même prépondérante. Ne serait-ce donc que pour pouvoir écarter ce que l'on pourrait appeler ici le préjugé historique, l'utilité de cette étude est évidente.

INTRODUCTION HISTORIQUE

L'idée d'offrir au créancier peu confiant dans la parole du débiteur une sûreté réelle, gage ou hypothèque, ne fut pas connue à Rome dans le très ancien droit. — Les seules sûretés pratiquées étaient les cautions, sûretés personnelles, dont le lien obligatoire était d'ailleurs très strict. Cet état du droit se comprend très bien lorsque l'on songe que la sanction de l'inexécution de l'obligation visait en ces temps lointains la personne et non encore les biens. Le débiteur répondait sur sa personne, l'obligation étant alors conçue comme une sorte d'assujettissement.

Lorsque le créancier voulait augmenter ses garanties, il était donc naturel qu'il essaie d'agrandir le cercle de ses obligés. Il les trouvait d'ailleurs à l'intérieur du groupe familial du débiteur. Les liens de solidarité qui unissaient les membres de la famille permettaient de trouver facilement des répondants. Cela se comprend d'autant mieux que, sauf quelques riches familles, la plus grande partie du peuple ne possédait, en dehors de quelques instruments de travail et quelques têtes de bétail, d'autre fortune que leurs propres bras.

* * *

Mais l'état économique de la Rome ancienne ne tarda pas à changer avec l'agrandissement de la cité et le déve-

loppement des conquêtes. Les impôts, les travaux publics apparaissent, signe évident de l'accroissement des richesses. Or, c'est dans le droit public que paraissent se retrouver les premières traces d'une garantie réelle. Lorsque l'Etat romain procédait à l'affermage des impôts ou à l'adjudication des travaux publics, ou enfin lorsqu'il vendait des biens de son domaine, il prit l'habitude de réclamer aux personnes avec lesquelles il traitait des garanties réelles. L'acquéreur de biens de l'Etat était obligé de faire inscrire sur un registre public les immeubles lui appartenant : c'était la *PRÆDIORUM SUBSIGNATIO*. Faut-il y voir une véritable affectation hypothécaire ou un simple témoignage de l'état de fortune du débiteur ? La chose a été débattue par les commentateurs. Retenons seulement que les *biens commencent à être considérés comme un élément de crédit*.

Dans le droit privé, l'augmentation de la fortune des particuliers ne tarda pas à avoir des conséquences juridiques. L'exécution sur les biens apparut à côté de l'exécution sur la personne. Mais avant même que la *venditio bonorum* ne fût introduite grâce à la procédure formulaire, l'ancien droit autorisa certains créanciers dont le titre était particulièrement respectable, probablement des créanciers ayant un caractère religieux, de s'emparer d'un bien de leur débiteur au cas où celui-ci n'acquittait pas sa dette, et de retenir cet objet jusqu'à ce qu'il fût payé. Cette procédure est connue sous le nom de *PIGNORIS CAPIO*.

* * *

Cette introduction des biens dans la notion de crédit ne tarda pas à donner naissance à des combinaisons juridiques précises. Les Romains imaginèrent trois modes de garantie réelle : la *FIDUCIE*, le *PIGNUS*, l'*HYPOTHÈQUE*.

1° La fiducie, sorte de pacte adjoint à un transfert de propriété par mancipatio, a eu en droit romain des fonctions multiples. Sans parler de ses applications dans le droit des personnes, elle permet dans le droit des biens la réalisation d'une série d'applications juridiques telles que le dépôt, le prêt à usage et enfin le gage.

Le débiteur transférait la propriété d'un objet à son créancier. Mais il était convenu par un pacte adjoint que le jour du paiement le créancier devait retransférer la propriété de la chose à son débiteur. Les avantages d'un pareil système pour le créancier n'ont d'égal que les inconvénients qu'il présente pour le débiteur. Réduit à une simple action personnelle, celui-ci ne pouvait reprendre sa chose au cas où le créancier l'aurait aliénée ; il risquait, en outre, de se heurter à l'insolvabilité du créancier. Mais à côté de ces désavantages, la fiducie permettait une combinaison utile, ce qui explique sa survivance après que d'autres modes de crédit réel furent trouvés. Le créancier gagiste devenu propriétaire de l'objet remis en vertu du pacte de fiducie, pouvait en laisser la possession au débiteur. Cela présentait pour lui une double utilité : 1° le dispenser d'une obligation de garde qui pouvait devenir une source de responsabilité, et 2° laisser au débiteur la libre disposition des objets qui lui étaient peut-être indispensables pour la continuation de son travail (2). La garantie du créancier consistait alors dans *l'action en revendication* qu'il pouvait intenter au jour de l'échéance s'il n'était pas payé.

(2) Labbé. Appendice au tome III de l'explication historique des Institutes de J. Ortolan, p. 119.

2° Le **PIGNUS** était un contrat qui n'entraînait pas le transfert de la propriété, mais de la simple possession. On peut considérer son introduction dans le Droit Romain sous le double point de vue des avantages qu'il présentait pour le débiteur qui restait propriétaire de sa chose et de la possibilité d'y accéder pour les pègrins, le **pignus** étant en effet un contrat du droit des gens.

Mais il présentait de multiples infériorités par rapport à la fiducie. Le créancier avait une garantie restreinte par le fait *qu'il n'avait pas le droit de réaliser*, de vendre le gage. En somme, l'utilité du **pignus** s'analysait en un moyen de pression sur le débiteur, privé de sa chose aussi longtemps qu'il ne payait pas sa dette. Cela pouvait, en outre, constituer pour le créancier une source d'ennuis, car ayant la possession de l'objet, il assumait par là même l'obligation de le conserver et de l'administrer en bon père de famille.

3° L'**HYPOTHÈQUE**, enfin, réalisa le mode le plus parfait de crédit réel. Sans faire perdre au débiteur la *propriété* ni même la *possession* de son immeuble, il donnait au créancier par la faculté de se mettre en possession d'abord, par la faculté de vendre ensuite, une garantie très efficace, tout en permettant au débiteur de garder sa chose dont il pouvait user aussi bien économiquement, en ne la soustrayant pas de son exploitation, que juridiquement, en pouvant l'hypothéquer de nouvelles fois.

CHAPITRE PREMIER

DES MODES DE REALISATION DU GAGE
EN DROIT ROMAIN

Donnons un bref aperçu des droits du créancier gageur en ce qui touche *la réalisation du gage*.

§ 1^{er}. — Lorsque le gage était constitué par le pacte de fiducie, la question des droits du créancier était résolue facilement. En effet, le créancier avait acquis, grâce à la *mancipatio*, la propriété quiritaire de l'objet remis en gage. Au cas de non-paiement il pouvait donc garder cet objet. Si, au contraire l'objet ne l'intéressait pas, il pouvait l'aliéner et s'attribuer le prix à concurrence de sa créance. L'aliénation qu'il eût consentie eût été inattaquable.

Cette faculté de vendre pouvait d'ailleurs être retirée conventionnellement au créancier par l'insertion du pacte « *ne vendere liceat* ». Il ne faut pourtant pas s'exagérer la portée de cette prohibition. Paul (3) nous dit que le seul

(3) Sent. II, 13, 5.

effet de la clause était d'obliger le créancier de faire au débiteur trois dénonciations de son intention, préalablement à la vente. Quoiqu'il en soit, l'acte d'aliénation était parfaitement valable.

En réalité la situation était plus complexe. Il ne faut pas oublier, en effet, que la *mancipatio* grâce à laquelle le créancier avait acquis l'objet, n'était pas une *mancipatio* pure et simple. Un pacte de fiducie l'accompagnait. Or, si la *mancipatio* lui conférait certains droits, notamment celui d'aliéner, la fiducie lui imposait certaines obligations, et spécialement celle de ne pas aliéner la chose, afin qu'il puisse la restituer le jour du paiement.

Il y avait là une situation paradoxale. L'acte d'aliénation consenti par le créancier était juridiquement inattaquable ; mais *le fait* d'aliéner pouvait entraîner une responsabilité à sa charge. Le créancier qui avait manqué à la foi promise dans le pacte de fiducie s'exposait aux rigueurs d'une exécution personnelle, aux dommages-intérêts et au blâme de l'infamie.

Ceci étant, le créancier qui voulait rester dans les limites exactes de son droit devait *conserver* l'objet remis par le pacte de fiducie. Sa garantie était réduite pour lui à un simple moyen de pression sur le débiteur qui, privé de sa chose, avait tout intérêt à payer.

* * *

En tant que moyen de garantie, cela était nettement insuffisant. C'est pour parer à cette insuffisance que les parties introduisirent dans le pacte de fiducie une *LEX COMMISSORIA*, en vertu de laquelle le créancier non payé à l'échéance *pouvait s'attribuer la chose en paiement*. Ce procédé, tout en présentant des avantages sur l'état anté-

rieur, recélait de notables inconvénients « pour le débiteur « qui perdait sa chose d'une valeur supérieure à la somme « due, et pour le créancier qui se trouvait payé avec une « chose diminuée de valeur » (4).

* * *

C'est alors que les parties eurent recours à une autre clause, destinée à avoir un grand essor, la *LICENTIA VENDENDI*, le *PACTUM DE DISTRAHENDO*.

L'effet de cette clause n'était pas tant de lui conférer le droit de vendre l'objet remis en gage, droit qu'il détenait déjà en tant que propriétaire ; c'était plutôt une sorte de *renonciation* de la part du débiteur à intenter contre le créancier l'*ACTIO FIDUCIAE DIRECTA*, donc de faire échapper celui-ci à toute responsabilité du fait de la vente.

Les avantages de cette clause furent tels qu'on ne tarda pas à la *sous-entendre*, de sorte que par le seul fait de la constitution du gage, le créancier acquérait le droit de vendre l'objet nanti.

Lorsqu'on eût introduit cette faculté de vendre dans la fiducie, l'utilité et la légitimité du pacte commissaire devinrent douteuses. Ce n'est pourtant qu'au Bas Empire que l'Empereur Constantin en prononça l'interdiction. Cette interdiction visait d'ailleurs la clause commissaire dans tous les contrats de gage, et non seulement ceux réalisés par la fiducie. Nous en parlerons plus loin.

* * *

D'autres conventions relatives à la réalisation du gage furent introduites dans le pacte de fiducie. Les parties

(4) *Jourdan*. L'hypothèque, p. 43,

prirent l'habitude d'indiquer dans leur convention les modes que le créancier devra suivre pour réaliser la vente (5).

Il s'est même développé sur le terrain de l'aliénation fiduciaire une institution symétrique à celle de l'IMPETRATIO DOMINI (*v. infra*), selon laquelle le fiduciaire qui ne trouvait pas d'acheteur et qui ne voulait pas être indéfiniment exposé aux réclamations de l'aliénateur, pouvait se faire attribuer par l'empereur, à dire d'expert, non pas la propriété, qu'il a déjà, mais le droit de la garder définitivement (6).

Telle était, par rapport à la réalisation du gage, la situation du fiduciaire.

* * *

§ 2. — Comment les choses se présentent-elles sous ce rapport, avec le PIGNUS et L'HYPOTHÈQUE ?

A la différence de la mancipatio fiduciaire, le pignus ne conférait pas au créancier la propriété sur l'objet nanti. Seule la possession lui en était acquise. Ce procédé avait pour le débiteur l'avantage de lui permettre d'intenter l'action en revendication lorsque le jour du paiement il se heurtait à la mauvaise foi ou à l'insolvabilité du créancier. Cela lui permettait en outre de réclamer la chose entre les mains de tout détenteur, car le créancier gagiste n'étant pas devenu propriétaire, ne pouvait pas par un acte d'aliénation conférer à un tiers la propriété. Par contre,

(5) *Girard*. Manuel élémentaire de droit romain, 7^e édit., p. 820. note 2.

(6) *Girard*, op. cit.

le débiteur était privé de sa chose et sur ce point sa situation était aussi mauvaise que celle qui résultait de l'aliénation fiduciaire.

* * *

Les Romains eurent alors recours à divers procédés destinés à laisser l'objet nanti à la disposition du débiteur.

Les plus connus de ces procédés furent la convention de *précaire* ou celle de *louage* (7). Non seulement le débiteur recouvrait ainsi l'usage de la chose, mais le créancier se débarrassait de son côté des soucis de l'administration et de la conservation de celle-ci.

Il y avait même un cas où il était pratiquement impossible que les choses fussent transmises au créancier. C'était quand le locataire d'un fonds rural engageait, pour garantir le paiement des fermages, ses instruments de travail, ses animaux et ses esclaves, les *INVECTA ET ILLATA*. Exiger la dépossession, c'eût été empêcher la continuation de l'exploitation.

* * *

Les droits du créancier furent alors garantis d'une manière différente. *Salvius* donna au bailleur à ferme non payé un interdit pour se mettre en possession des objets affectés au paiement des fermages. Ce fut l'*interdictum salvianum*. Ce n'était encore qu'une protection imparfaite. Cet interdit était bien perpétuel vis-à-vis du locataire lui-

(7) L. 35, D. 13, 7.

même, mais il était annal vis-à-vis des tiers. Le prêteur *Servius* accorda alors au bailleur à ferme une action réelle, erga omnes : ce fut l'*action servienne*.

Ce fut là aussi l'origine de l'hypothèque romaine. Il a suffi d'étendre l'action servienne, de sanctionner ainsi toutes les conventions par lesquelles le débiteur affectait, sans s'en déssaisir, un objet au paiement d'une de ses dettes. D'ailleurs, cet objet pouvait être mobilier ou immobilier. L'action qui sanctionnait la convention d'hypothèque s'appelait l' *ACTIO QUASI SERVIANA*. Grâce à elle le créancier non payé pouvait se faire mettre en possession de la chose.

L'hypothèque romaine n'est donc que la généralisation d'une action donnée dans un cas spécial de gage. Les règles du gage et de l'hypothèque tendent à se confondre. La seule différence résidait dans le fait suivant : par le gage, le créancier était mis en possession de la chose au moment même du contrat. Au contraire, la convention d'hypothèque ne lui conférait la possession de la chose qu'au jour de l'échéance, si le débiteur ne payait pas.

Dans un cas comme dans l'autre, la garantie du créancier se réduisait à ce droit de possession. *N'étant pas propriétaire de la chose il ne pouvait en user et encore moins l'aliéner.*

* * *

C'est alors que fut imaginé la *LEX COMMISSORIA* déjà employée dans la fiducie bien qu'avec une fonction juridique quelque peu différente. Il s'agissait ici non pas d'écarter l'action personnelle en dommages-intérêts, *mais d'attribuer la propriété au créancier gagiste*. Cette attribution

de propriété était d'ailleurs suspendue par la condition qu'à l'échéance le débiteur ne paierait pas.

Ce pacte était du reste stipulé dans l'intérêt seul du créancier. Il n'était donc nullement obligé de s'en prévaloir et pouvait, si l'objet ne présentait pas d'intérêt pour lui, poursuivre le paiement de sa créance.

Bien que l'on eût soutenu le contraire (8) il semble que ce pacte était parfaitement valable à l'époque classique. Aucun texte du Digeste ne l'interdit et rien dans les principes généraux ne s'opposait à sa validité. Cicéron, en recommandant au propréteur Thermus, Cluvius de Pouzzol, à qui Philoclès a donné ses biens en garantie, *HYPOTHECAS DEDIT*, le prie le terme étant échu, *EAE COMMISSAE SUNT*, de veiller à ce que le débiteur *VIDE LES BIENS ET LES LIVRE AUX MANDATAIRES DE CLUVIUS*, ou à ce qu'il s'acquitte de la dette. *VELIM CURES, UT AUT DE HYPOTHECIS DECEDAT, EASQUE PROCURATORIBUS CLUVII TRADAT, AUT PECUNIAM SOLVAT* (9).

Cette *lex commissoria* n'était pas moins pleine de dangers pour le débiteur. Pressé par le besoin, il accepte toutes les conditions du créancier. Il accepte de céder éventuellement une chose dont la valeur excède de beaucoup le montant de sa dette, espérant qu'à l'échéance il pourra se procurer les fonds nécessaires au remboursement de la dette. Ce qui rendait sa situation encore plus critique, c'est que les effets draconiens de la *lex commissoria* pouvaient se produire alors même que seule une partie de la dette restait impayée à l'échéance.

(8) V. *Doneau*, cité par Troplong, Du Nantissement, N° 383 — qui adopte ce point de vue.

(9) Lett. fam., liv. XIII, lett. 56.

Pour toutes ces raisons, une constitution de Constantin, de l'année 320 décida la prohibition de la *lex commissoria*.

Non seulement cette constitution interdit-elle les pactes commissaires pour l'avenir ; elle annula aussi, exemple remarquable de loi rétroactive, les *leges commissoriae* déjà stipulées :

SI QUIS IGITUR TALI CONTRACTU LABORAT HAC SANCTIONE RESPIRET, QUAE CUM PRAETERITIS PRAESENTIA QUOQUE REPELLIT ET FUTURA PROHIBET. CREDITORES ENIM, RE AMISSA, JUBEMUS RECIPERARE QUOD DEDERUNT. Les créanciers perdront leur droit de propriété, ils recouvreront leurs droits de créance ; les débiteurs frustrés réclameront la restitution de leurs choses, soit par l'action *pigneraticia*, soit en vertu de leur droit de propriété reconquis par l'action en revendication.

A la différence du système moderne, la nullité du pacte commissaire *entraînait la nullité du contrat de gage tout entier*. Le créancier était réduit à son action personnelle (10).

* * *

Par contre, la clause en vertu de laquelle le débiteur vendait sa chose au créancier pour un prix à *fixer par experts et sous la condition* du non-paiement de la dette à l'échéance, était licite. La situation du débiteur était beaucoup meilleure. Il pouvait ou payer sa dette ou vendre sa chose moyennant estimation ; s'il a payé une partie de la dette on lui en tiendra compte. Cette clause put donc être

(10) L. 3 C., de pactis pign. VIII, 35.

insérée dans le contrat de gage ou d'hypothèque. POTEST ITA FIERI PIGNORIS DATIO HYPOTHECAEVE, UT, SI INTRA CERTUM TEMPUS NON SIT SOLUTA PECUNIA, JURE EMPTORIS POSSIDEAT REM, JUSTO PRETIO TUNC AESTIMANDUM ;HOC ENIM CASU VIDETUR QUODAMMODO CONDITIONALIS ESSE VENDITIO (11).

* * *

En dehors de la *lex commissoria* qui présentait, comme nous l'avons vu, de multiples inconvénients, une autre close fut introduite dans le contrat de gage ou dans le pacte d'hypothèque. Ce fut le *PACTUM DE DISTRAHENDO*, en vertu duquel le créancier acquérait le droit de vendre la chose engagée, à défaut de paiement à l'échéance. Le créancier se payait par préférence sur le prix. Si le prix dépassait la valeur de la dette, le débiteur pouvait réclamer le surplus par l'*actio pigneraticia directa*.

A l'époque classique le *JUS DISTRAHENDI* était encore pour les parties une simple faculté. Mais cette clause se généralisa et bientôt on la sous-entendit. Au III^e siècle, le droit de vente appartient, sauf convention contraire, à tout créancier hypothécaire ou gagiste. Le *jus distrahendi* devint un élément naturel de l'hypothèque et du gage.

Il pouvait être écarté par une convention expresse, les droits du créancier étant alors réduits à la simple possession. Mais Justinien prohiba même la simple convention contraire au *jus distrahendi*, qui est considéré ainsi comme un élément essentiel du contrat.

Quelle est la raison d'être de cette transformation ? C'est que la vente représente le meilleur mode de liquida

(11) L. 16, 9, D. 20, 5.

tion. D'ailleurs, et cette observation est essentielle, sous Justinien tout créancier, même chirographaire, a le droit de poursuivre l'exécution de l'obligation sur un bien *spécial* du débiteur et n'en est plus réduit à la vente en masse du patrimoine de celui-ci. L'hypothèque ne pouvait pas enlever un droit qui existait en vertu de la créance seule.

Cela nous explique aussi que le mode de réalisation fut diversement réglementé suivant que la vente était poursuivie par un créancier chirographaire qui agissait pour la masse des créanciers, ou par un créancier hypothécaire vendant pour son intérêt exclusif.

La vente pouvait avoir lieu à l'amiable. Mais rien ne forçait le créancier de vendre et il pouvait donc laisser échapper une occasion très favorable. C'était au débiteur de veiller sur ses intérêts, de vendre le pignus pour désintéresser le créancier. « DEBITOR SI ALIIS VENDERE VELLIT, POTEST ITA UT EX PRETIO EJUSDEM PECUNIAM OFFERAT CREDITORI, ATQUE ITA REMENCIPATUM SIBI REM EMPTORI PRAESTET » (12).

La vente était d'ailleurs entourée de certaines formalités. *Les parties pouvaient régler elles-mêmes, par convention, ces formalités* et cela se faisait probablement toujours à l'époque où le droit de vente lui-même était expressément stipulé par la convention.

La loi 3 § I.C. DE JURE DOMINI IMPETRANDO VIII, 34, décidait expressément que lorsque le créancier et le débiteur avaient réglé par le contrat la manière dont le créancier pourrait vendre le gage, cette convention devait être observée en tous points : « SANCIMUS ITAQUE SI QUIS REM

(12) *Paul*, Sent. XIII, 42, 3.

CRÉDITORI SUO PIGNORAVERIT SI QUIDEM IN PACTIONE CAUTUM EST QUEMADMODUM DEBET PIGNUS DISTRAHI, SIVE IN TEMPORE, SIVE IN ALIIS CONVENTIONIBUS, EA OBSERVARI DE QUIBUS INTER CREDITOREM ET DEBITOREM CONVENTUS EST ».

Si, au contraire, rien n'était convenu entre les parties quant à l'exécution du gage, voici très brièvement comment celle-ci se déroulait : le créancier devait d'abord avertir par une DENUNTIATIO son débiteur de son intention de vendre. Le nombre de ces significations varie, mais il est sans intérêt pour nous de rentrer dans ces détails.

Remarquons toutefois que le créancier vendeur n'avait aucune dénonciation à faire aux créanciers postérieurs en rang qu'il ignore d'ailleurs. Il est probable que le débiteur leur communiquera celle qu'il a reçue, car ils ont un intérêt commun à ce que la chose soit bien vendue.

Après ces interpellations, le créancier devait attendre deux ans (13).

Sauf convention contraire (14), le créancier n'était pas, comme aujourd'hui, obligé de *procéder judiciairement* et de s'adresser à des officiers ministériels. *Il vendait lui-même* ; il cherchait lui-même les acquéreurs. Seules les ventes faites au nom du fisc devaient être poursuivies aux enchères (15).

Le créancier devait vendre de bonne foi et respecter les termes de la convention.

(13) L. 3, § I C. de jure dom. impetr. VIII, 34.

(14) Les parties pouvaient décider que la vente se fera par l'intermédiaire d'un magistrat, L. 5, de pign. act.).

(15) L. 50, De jure fisci.

★ ★ ★

Mais ici intervient une importante question : en quelle qualité vend-il ? Est-ce *PROPRIO NOMINE* ou *PROCURATORIO NOMINE* ?

Il semble que le créancier vendeur agissait en tant que mandataire du débiteur propriétaire, mandat qui a du être d'abord conféré expressément au gagiste et qui plus tard fut sous-entendu. D'ailleurs ce mandat était irrévocable, car il était inséré dans un contrat principal lui-même irrévocable.

Des conséquences importantes se rattachent à cette idée de mandat. Le créancier vendeur ne pourra pas faire abstraction des intérêts du débiteur. Ce mandat est en effet conféré autant dans l'intérêt personnel du créancier que dans l'intérêt du débiteur. En conséquence, *le créancier répond de la fraude* envers le débiteur.

L. 7. C. 8, 28. — *SI CESSANTE SOLUTIONE, CREDITOR NON RELUCTANTE LEGE CONTRACTUS EA QUÆ SIBI PIGNORI NEXA ERANT, DISTRAXIT, REVOCARI VENDITIO REM INIQUUM EST ; CUM SI QUID IN CARE FRAUDULENTER FECERIT, NON EMPTOR A TE SED CREDITOR CONVENIENDUS SIT.*

Mais bien que frauduleuse, on considérerait que la vente entraînait transfert de la propriété, et c'est là une objection assez forte contre la thèse selon laquelle le créancier agissait en vertu d'un mandat. En effet, un mandataire ordinaire ne pourrait pas consentir une vente valable en agissant dolosivement. Il ne faut pourtant pas assimiler entièrement les deux situations. Ce qui est caractéristique dans notre cas, c'est que le mandataire est à la fois créancier : il a le droit de se faire payer. Le débiteur n'a pas

exécuté son obligation, le créancier vend. S'il vend frauduleusement, il est responsable de son dol, mais ce dol ne fait pas disparaître son droit au paiement. C'est pourquoi la vente est maintenue.

Ajoutons que le tiers acquéreur complice du dol pouvait subsidiairement être poursuivi en dommages-intérêts au cas où le créancier responsable principal était devenu insolvable.

Un autre argument en faveur de la thèse qui considère le créancier vendeur comme agissant en vertu d'un mandat résulte du fait suivant : le créancier vendeur ne garantit pas la possession paisible et utile de la chose vendue, *il ne garantit pas l'éviction* (16).

Lorsque le créancier disposé à vendre ne trouve pas d'acheteurs, quels sont ses droits ?

La loi 10. L. 8. 28, indique les procédés qui lui sont interdits : JURE ENIM PIGNORIS OBLIGATUM PRÆDIUM, NEQUE SI PER SUBJECTAM PERSONAM CREDITOR COMPARAVERIT, NEQUE SI SIBI ADDIXERIT DEBITORI AFFERT PREJUDICIUM : SED IN EADEM CAUSA PERMANET, IN QUA FUT ANTE HUIUSMODI COLLUSIONEM.

En conséquence, le créancier n'avait pas le droit de s'attribuer la chose en paiement. Ce serait revenir par une voie détournée au pacte comissoire.

(16) Néanmoins, nous verrons que cette analyse s'avère inexacte en droit moderne où il est préférable de considérer le créancier gagiste comme vendant en vertu d'un droit propre. V. infra, p.

Il ne peut pas non plus acheter par personne interposée.

Deux autres procédés sont par contre licites :

1° L'achat direct consenti par le débiteur (17).

2° La DOMINI IMPETRATIO.

Il est de l'intérêt du débiteur aussi bien que de l'intérêt du créancier d'éviter une vente à vil prix. Mieux vaut pour tous les deux que le créancier garde la chose hypothéquée jusqu'à due concurrence. Il s'adresse à l'empereur et lui demande :

UT BONA DEBITORIS JURE DOMINI POSSIDERE LICEAT.

Cette théorie de la domini impetratio imaginée par les jurisconsultes classiques fut reprise et réglementée par Justinien.

Voici brièvement comment se déroulait cette procédure :

Les formalités de la vente une fois accomplies, si aucun acheteur ne se présentait, le créancier devait en aviser le débiteur et lui faire une nouvelle sommation de payer. Après un certain délai, si le débiteur ne payait pas, le créancier s'adressait à l'empereur en lui demandant que le gage lui fut attribué en pleine propriété. L'empereur répond : JURE DOMINI POSSIDEAT. On ne procède pas d'ailleurs à une estimation immédiate, car cette attribution de propriété n'est pas définitive. Le débiteur a pendant deux ans encore la faculté de reprendre la chose en désintéressant le créancier. Celui-ci peut d'ailleurs vendre la chose s'il trouve une meilleure occasion. Ce n'est qu'au bout de ce délai de deux ans que le créancier non payé devient

(17) L. 12, M. D. 20, 5.

propriétaire incommutable, sauf estimation de la chose. Si la chose est évaluée à une somme inférieure à la dette, le créancier conserve son action personnelle pour l'excédent. Dans le cas contraire, le débiteur conserve un droit indivis sur la chose proportionnellement à la soulte. Le créancier peut faire cesser cette indivision en désintéressant le débiteur.

* * *

Quelle est la nature juridique de cette attribution de la propriété au créancier ? Est-ce une *DATIO IN SOLUTUM* ou une vente suivie de compensation du prix d'achat avec la dette ? Cette question avait un grand intérêt. Supposons, par exemple, que le débiteur n'étant pas le véritable propriétaire de la chose, le créancier se voit évincé par un tiers. Par quelle action pourrait-il se retourner contre le débiteur ? Si on considère que l'attribution de la chose n'est qu'une *datio in solutum*, comme l'éviction s'oppose à ce que le paiement ait une vertu libératoire, le créancier se retournera contre le débiteur grâce à l'action du contrat qui a donné naissance à son droit de créance.

Si, au contraire, on envisage notre opération comme une vente, c'est par l'*ACTIO EMPTI* qu'il demandera au débiteur vendeur l'indemnisation du préjudice souffert par l'éviction.

Un deuxième intérêt se rattache à notre distinction. Quelle est la somme que le créancier évincé pourra réclamer au débiteur ? Si on adopte la première solution, il devra réclamer le montant de sa créance originaire et bénéficiera des garanties qui y étaient afférentes. Si, au contraire, on adopte la deuxième conception, il pourra

réclamer par l'*actio empti* la valeur de la chose au jour de l'éviction et cette créance nouvelle ne bénéficiera pas des garanties afférentes à l'ancienne créance.

Marcien (18) considère l'attribution de la chose comme une dation en paiement.

Ulpien (19) opte pour l'autre conception. Il assimile le créancier à un acheteur.

Tels sont les différents problèmes juridiques soulevés en droit romain par la réalisation du gage.

(18) L. 46 et § I de solu.

(19) L. 24 de pign. act.

CHAPITRE II

DES MODES DE REALISATION DE GAGE DANS
L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

L'évolution économique et sociale qui à Rome a amené la substitution du crédit réel au crédit personnel se retrouve dans ses grandes lignes dans l'histoire de l'ancien droit français.

Comme dans la Rome ancienne, le défaut d'organisation sociale, le manque d'un pouvoir central capable de faire respecter les conventions privées, furent la cause que chez les Germains, le créancier qui n'obtenait pas ce qu'il lui était dû, procédait à l'exécution lui-même, aidé par les membres de sa famille. C'était le système de la justice privée, le système des guerres privées.

L'objet principal de cette attaque était la *personne* du débiteur. « L'homme se payait sur l'homme » (1).

Il pouvait évidemment se saisir aussi de ses biens, mais cela ne pouvait être que des biens meubles. Il y avait à cela une double raison : d'abord, avant les invasions, les Barbares ne connurent pas la propriété fon-

(1) *Beaune*, Dr. coutumier français. Les contrats, p. 483.

cière individuelle, et ensuite, lorsque celle-ci se fut introduite, elle fut considérée comme insaisissable (2).

La saisie des biens meubles était réalisée *extra-judiciairement*, par une sorte de saisie privée dénommée PANT par les Frisons et qui fut appelée plus tard PIGNERATIO ou « Gagerie privée ».

L'effet de cette prise de gage est caractéristique. Ce n'est pas le *jus possidendi* du droit romain, ce n'est même pas le *jus distrahendi*. Le créancier devenait *propriétaire* de l'objet saisi (3). C'est le signe d'un état économique rudimentaire.

* * *

Il en était toutefois autrement en droit lombard primitif. La saisie privée n'avait pas pour conséquence d'attribuer la propriété de l'objet au créancier. Il acquérait seulement un droit de détention indéfini, pour forcer le débiteur au remboursement (4).

* * *

A côté de cette saisie privée, *une exécution réalisée avec l'aide ou l'autorisation de la justice* apparaît. Dans

(2) *Pardessus*. Loi Salique, LVIII, De Chrene Cruda, p. 32. — *Esmein*. Etude sur les contrats dans le très ancien droit française, 3^e étude, p. 153.

(3) *Glasson*. Hist. du Droit.

(4) Rotharis leges, cap. 251, dans Canciani Barbarorum Leges Antiquæ.

ce cas aussi, la saisie conférait la propriété de l'objet saisi au créancier, mais, chose curieuse, la loi salique prévoyait alors des règles plus protectrices du débiteur. Il fallait, pour éviter que l'objet approprié ne fût d'une valeur par trop supérieure à la somme due, le soumettre à une estimation par les sept « Rachinbourgs ». Le créancier pouvait garder la chose d'une valeur supérieure, mais devait restituer au débiteur une somme représentant l'excédent.

Cette appropriation par le créancier de l'objet saisi trouve d'ailleurs une explication dans le fait que la monnaie était rare chez les Germains. Elle consistait principalement en têtes de bétail, ou en esclaves, qui formaient précisément presque toujours l'objet de la saisie. M. Glas-son écrit (5) à ce sujet « les dettes s'acquittaient même volontairement sous forme de *datio in solutum* ».

* * *

Lorsque les biens commencèrent ainsi à être considérés comme des éléments de crédit, l'idée devait naturellement venir au débiteur de consentir *volontairement* à se dessaisir au profit du créancier d'un objet lui appartenant, pour garantir sa dette. Le contrat de gage était ainsi né. Il reçut de la langue germanique des appellations très diverses : WADIUM GUADIUM, NAMIUM, NAMPS, GAGIUM, WAIGE, et en langue latine : PIGNUS, ARRHA, VADIMONIUM.

(5) T. III, p. 251,

Essayons maintenant de voir quels étaient les droits du créancier sur l'objet affecté à la sûreté de la dette. Les coutumes étaient sur ce point extrêmement diverses. Il paraît néanmoins qu'en règle générale, le créancier devait restituer le gage après paiement : ET SI ILLE QUI EAM WADIAM ACCEPERIT EAM REDDERE NEGLEXERIT PER FIDEJUSSOREM ET APUD EUM REMANSERIT, SIC COMPONAT QUOMODO ILLE QUI WADIAM SUAM RECIPERE NEGLEXERIT (6).

Mais il semble que dans beaucoup de coutumes le non-paiement de la dette à l'échéance entraînait l'*attribution de la propriété de l'objet au créancier*. Remarquons que ce n'était pas en vertu d'une convention expresse ou tacite comparable à la clause commissaire que se réalisait ce transfert de propriété. C'était plutôt un moyen d'exécution destiné à suppléer au défaut d'organisation d'une réalisation judiciaire.

Nous trouvons dans la loi de Wisigoths (7) des dispositions plus perfectionnées, inspirées d'ailleurs des lois romaines. Dix jours après l'échéance, le créancier non payé devait présenter le gage au débiteur. Si celui-ci continuait à refuser le paiement, le créancier portait l'objet devant le magistrat qui l'estimait ou le faisait estimer par trois hommes probes. Après ces formalités, le créancier pouvait vendre le gage, s'attribuer le prix à concurrence de sa créance et restituer l'excédent au débiteur. Remar-

(6) Edictum Rotharis, 250.

(7) Liv. V, titre 6, chap. 3.

quons tout de suite la différence qui sépare cette procédure de la procédure romaine. Alors qu'à Rome la vente intervenait en dehors de toute autorisation judiciaire, l'intervention du juge pour autoriser la vente était, à l'époque dont nous parlons ici, une condition essentielle de la réalisation du gage. Nous savons que cette règle a eu les faveurs de la législation moderne.

* * *

Telle était la physionomie de notre institution à l'époque franque : le créancier non payé était désintéressé soit par la possibilité de garder le gage, soit par celle de le vendre.

* * *

L'hypothèque ne trouva pas la même faveur chez les Barbares du Nord. Il était difficilement concevable à ces esprits peu familiarisés avec les idées juridiques abstraites que le débiteur pût, tout en gardant la possession de son objet, l'affecter en même temps à la garantie d'une dette.

Le nantissement ou gage réel acquit un grand développement au moyen-âge. Les princes et les seigneurs qui avaient à faire face à des dépenses considérables (les croisades) étaient bien souvent obligés, pour obtenir du crédit, d'engager leurs immenses domaines. Les chevaliers qui possédaient des terres durent s'en dessaisir au profit des villes, des établissements religieux ou même de la royauté, qui leurs consentaient des prêts d'argent. Ils consentaient à leur tour à ce que leurs créanciers jouissent

jusqu'au remboursement de la dette, des terres ainsi données en garantie.

Cette convention d'antichrèse ou de mort-gage, comme l'appelaient nos anciens auteurs, fut proscrite comme portant atteinte à la prohibition du prêt à intérêt, règle empruntée par le droit civil au droit canonique (8). En vain quelques auteurs voulurent valider ces engagements immobiliers, en essayant de les assimiler à une aliénation avec faculté de rachat (9).

L'antichrèse dut donc disparaître assez vite de la pratique. Elle fit place à l'hypothèque dès que l'on se trouva en présence d'un ordre mieux établi, dès que les prêteurs purent croire qu'il n'était nullement besoin de retenir la chose pour être assuré de la retrouver au moment de l'échéance.

* * *

A côté de l'hypothèque, le contrat de gage mobilier conserva son utilité. Il continua de rester l'instrument de crédit recherché par les gens peu fortunés.

Mais, à la différence du droit romain, la dépossession du débiteur fut la condition nécessaire de ce contrat. *Il n'y avait pas dans les anciennes coutumes d'hypothèque mobilière.* Dans les quelques rares coutumes qui l'admirent néanmoins, on lui refusa le droit de suite, ce qui enlevait évidemment, une grande partie de son efficacité.

(8) V. *Pothier*. De l'Hypoth., N° 239 ; du Nantiss. N° 20.

(9) V. *Troplong*. Du Nantissement, Préface, p. XXVI.

* * *

Tel était l'aspect économique du contrat de gage dans l'ancien droit. Quelques considérations d'ordre social achèveront de nous donner une idée de l'atmosphère qui entourait l'idée de crédit en général et notre institution en particulier.

La société féodale était basée sur la possession de la terre. La grande idée de l'ancien droit en matière de propriété était la conservation des biens dans la famille. Tout concourait à l'assurer : la succession des mâles, le privilège de primogéniture, les substitutions perpétuelles, le retrait féodal et lignager, le retrait successoral. Dans cet ordre de choses terrien, les créanciers apparaissent comme des importuns. L'expropriation était une chose odieuse et il semblait rigoureux d'exiger son paiement. On connaît les mésaventures de Jacques Cœur, la confiscation de sa fortune et la distribution de ses biens à ses « nobles débiteurs ». « C'est l'inverse de l'expropriation » s'écrie le procureur général Dupin (10).

D'ailleurs les prêteurs n'étaient pas toujours une catégorie sociale à plaindre. L'histoire des princes ecclésiastiques nous apporte des témoignages des résistances qu'ils rencontraient pour se faire remettre en possession de leurs gages.

Lorsque, par exemple, Bertram exigea le retrait de la terre d'Arancy, qui était entre les mains du comte de Lambourg, celui-ci opposa un refus opiniâtre, et il fallut

(10) Réquisitoire accompagnant l'arrêt de la Ch. civ. de la Cour de cass. du 20 mai 1840, S. 1840, I, 385,

faire intervenir pour le vaincre, les forces et l'autorité de l'empereur d'Allemagne. On conçoit cette tendance des *engagistes*, qui, possesseurs de beaux fiefs, de châteaux importants, ne se décidaient pas facilement de s'en dessaisir, surtout lorsqu'un long temps s'était écoulé depuis leur occupation. Oubliant l'origine précaire de cette occupation, ils finissaient par se persuader qu'ils en avaient la propriété incommutable ; c'est là, en effet, le sentiment qui accompagne presque toujours les longues possessions. Alors on discutait, on se querellait, les procès se traduisaient en guerres sanglantes, à moins qu'un arbitre supérieur ne vint faire cesser l'usurpation et mettre les parties d'accord par une transaction (11).

Telle étant l'atmosphère sociale et économique au moyen-âge, voyons quelles étaient les règles juridiques concernant le mode de réalisation du gage.

* * *

Beaumanoir nous apprend dans ses Coutumes du Beauvoisis que l'appropriation du gage par le créancier non payé était encore permise. Tel, par exemple, le droit du propriétaire d'arrêter les animaux qu'il trouve sur son champ et, après sept jours, de les garder comme siens, pour s'indemniser de leurs dégâts (12).

Mais cette pratique de l'appropriation privée devint de plus en plus rare. Le créancier ne pouvait contester la propriété du débiteur qui offrait le paiement, sous peine

(11) Cité par *Troplong*. Du Nantiss. Préface, p. XXIV.

(12) *Philippe de Beaumanoir*. Coutume du Beauvoisis, Paris, Jules Renoir et C^{ie}, 1842, chap. 52, n° 6, II, p. 288.

de perdre à la fois son gage et sa créance, et de s'exposer même à une amende (13).

Certaines coutumes (14), certaines décrétales des Papes, divers arrêts de jurisprudence (15) ont prononcé la condamnation formelle de la *lex commissoria*. C'est alors que la pratique admit le créancier à poursuivre la vente de l'objet remis en gage.

D'ailleurs, certaines combinaisons, bien que pouvant être rapprochées de la clause commissoire, étaient permises.

On tenait pour valable la convention qui attribuait au créancier à titre de dation en paiement, non pas la chose engagée, mais une autre chose. De même la convention qui garantissait le paiement de la dot et d'après laquelle le gage remis au créancier devait être converti en fond dotal si la somme n'était pas payée. Une autre convention valable et fort usitée était celle qui permettait au créancier non payé de garder le gage après estimation faite à l'échéance. Nous nous rappelons que cette convention était déjà admise par la loi salique et par le droit romain (16).

En certains cas, le juge ordonnait l'attribution du

(13) *Glasson*, op. cit., VII, p. 670.

(14) Celle du Béarn, art. 201.

(15) Parlement de Paris, 19 mai 1552, 8 mai 1557, 15 février 1561, 8 février 1555. — Bouteiller, *Somme Rurale* ou le *Grand coutumier général de pratique*, Paris, Barthelemy Macé 1611, Annotation sur le titre C II, p. 592 et suiv.

(16) *D'Argentré*. Sous l'article 265 de la Coutume de Bretagne, lettre G.

nampt en toute propriété au créancier gagiste, sur estimation du gage faite par experts.

* * *

Mais la solution la plus communément employée était la vente. Le créancier ne pouvait pas vendre tout de suite après l'échéance. Il devait laisser s'écouler un certain délai, « le répit », variable d'ailleurs selon les coutumes. Après quoi il devait faire une ou plusieurs sommations, présenter l'objet au maire ou au seigneur et, surtout depuis la rédaction des coutumes, citer son débiteur devant les tribunaux pour obtenir du juge ou de la Cour la permission de procéder à la vente.

Pouvait-on par une clause spéciale écarter ces formalités ? Il semble que la chose fut possible dans certaines coutumes. Bouteiller, dans sa *Somme Rurale*, dit à ce sujet que le créancier ne peut pas faire vendre « si par autorité de loy ne le faict ; et toutefois consent la loy escrite, si sans autorité de loy le faisait, si n'y cherroit-il point de meffaict » (17).

Mais il n'en fut pas toujours ainsi. Et, plus tard, le créancier qui aurait tenté de se passer de l'autorisation judiciaire, pouvait être condamné à des dommages-intérêts et à la restitution du gage (18).

Tel n'était pas l'avis de Loyseau.

« Donc en France, dit-il, pour le regard du gage conventionnel, qui est toujours mobilier (pource que comme

(17) Bouteiller, op. cit., C. II, p. 586.

(18) Charondas le Caron. Pandectes, Paris, Estienne Richer, 1637, L. II, ch. 27, p. 289 et suiv.

l'hypothèque n'a lieu en meubles, aussi le gage n'a lieu en immeubles) il faut obtenir du juge, partie appelée, permission de le vendre : ci ce n'est que par l'engagement ou l'obligation par écrit, il soit porté, qu'après certain temps, le gage pourra estre vendu sans demander permission, ny observer autre solennité de justice : auquel cas on tient à la rigueur, qu'il suffit de dénoncer la vente à la partie : ce qui est toujours nécessaire (19).

Cette opinion fut reprise plus tard par Pothier et finit par prévaloir dans la pratique.

On alla même plus loin, en tolérant qu'une clause spéciale conféra au créancier l'autorisation de vendre de gré à gré et que celui-ci sera cru du prix sur sa déclaration.

Une fois la sentence du juge rendue, on procédait à la vente. Nous avons vu qu'à Rome cette vente était faite sans l'intervention de la justice et cette pratique s'est conservée dans le très ancien droit français (20).

Plus tard, il n'en est plus ainsi.

« Le *Grand Coutumier de Normandie* veut que le *nampt* soit vendu » par le commandement de la justice par devant loyaulx hommes et créables ». Loyseau (21) fait la même prescription : « ...Et doit le gage estre vendu publiquement à jour et lieu de marché par un sergent vendeur, et délivré au plus offrant et dernier enchérisseur ».

Cette procédure n'a pas varié depuis. Pothier nous dit que la vente était faite par huissier à l'endroit où se fai-

(19) Les œuvres de Maistre Loyseau, Paris, Pierre Menard, 1660, Du Déguerpissement, L. III, ch. VII, N° 2.

(20) Cf. Ancienne Coutume de Bretagne, ch. 203.

(21) Op. et loc. cit.

saient habituellement les ventes judiciaires, dans les formes prescrites par l'Ordonnance de 1667 pour les ventes des meubles saisis (22). En un mot, la vente avait lieu aux enchères publiques dans le lieu où se faisait le marché» (23).

— — —

(22) *Pothier*. Traité du Nantissement, op. cit., n° 25.

(23) *Abel-P. Chiron*. Réalisation du gage civil, thèse Bordeaux 1904, p. 37.

LE DROIT MODERNE

INTRODUCTION

1. — L'objet de notre thèse est d'étudier la mesure dans laquelle les parties contractantes peuvent écarter par convention les règles *légales* relatives à la réalisation du gage. Il est donc indispensable de donner un bref aperçu de ces règles.

* * *

2. — A cet égard, les dispositions légales ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit de sûretés mobilières ou immobilières et quant à ces dernières, selon qu'il s'agit de l'antichrèse ou de l'hypothèque. Il importe de connaître, au moins dans les grandes lignes, ces différences.

* * *

3. — Trop souvent, auteurs ou arrêts se contentent de raisonner par analogie, d'étendre les règles qui régissent une institution à l'institution voisine. Ainsi, par exemple, on n'hésite pas à transposer à l'hypothèque les règles écrites dans les articles 2078 et 2088 du Code civil

pour le gage et l'antichrèse, qui prohibent le pacte commissoire. On établit, en outre, un parallélisme étroit entre la clause de voie parée en matière d'hypothèque et celle qui est stipulée dans le contrat de gage ou d'antichrèse.

Cette méthode semble criticable. Le désir de poser des règles générales ne doit pas être satisfait au prix d'une confusion entre des institutions qui présentent des particularités profondes.

* * *

4. — Ces particularités sont de deux ordres : a.) juridiques et b.) économiques et sociales.

* * *

5. — Que l'on doive tenir le plus grand compte des premières, voilà ce qui ne fait aucun doute pour un juriste.

Mais cette thèse a aussi comme but l'appréciation de l'opportunité d'une réforme dans la matière de la réalisation du gage. Elle n'est pas une étude de droit positif seul, *mais également une étude de* LEGE FERENDA. C'est pourquoi nous tiendrons le plus grand compte des considérations d'ordre économique et social.

Ce n'est qu'une fois instruits par ces deux ordres de considérations, que nous pourrons nous faire une vue d'ensemble de la question.

CHAPITRE PREMIER

LES REGLES LEGALES DE LA REALISATION DU GAGE

Ces règles varient selon la nature du gage. Nous en donnerons un bref aperçu en trois paragraphes, consacrés au gage mobilier, à l'antichrèse et à l'hypothèque.

* * *

§ I. — *Règles légales de la réalisation du gage mobilier*

L'art. 2078 al. 1^{er} Code civ. dispose : « Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage ; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères ».

Il en résulte que le créancier a une double voie pour arriver à la réalisation du gage : la vente aux enchères et l'attribution du gage. Le créancier a le droit d'opter entre ces deux modes que l'art. 2078 met à sa disposition. Certains auteurs n'admettaient pas que cette option fût dévolue au créancier. Ils prétendaient que c'est au tribunal de décider. Mais cette controverse est close à l'heure actuelle et il nous semble oiseux de la rouvrir. C'est seulement quand le créancier ne manifeste pas sa préférence et forme une demande alternative que l'option appartient par la

force des choses au juge, qui se prononcera en s'inspirant vraisemblablement de l'intérêt du débiteur (1).

* * *

Quelles sont les règles que le créancier aura à suivre selon qu'il opte pour l'une ou l'autre des branches de cette alternative ?

1° *S'il demande la vente du gage*, le créancier doit :

a) Se munir de l'autorisation du tribunal. Cette autorisation, *mesure spéciale de protection du débiteur*, doit être demandée alors même que le créancier serait porteur d'un titre exécutoire. (2).

Cependant, l'autorisation du Tribunal n'est pas nécessaire pour la réalisation du gage commercial et pour une série d'autres espèces particulières que nous indiquerons plus loin.

b) Mettre en cause le débiteur, ou, si le gage est donné par un tiers, ce tiers bailleur. Cette condition n'est pas expressément exigée par la loi. Elle est néanmoins indis-

(1) Cf. *Planiol et Ripert*. Traité pratique de droit civil français, Paris 1927, t. XII, n° 120 et les notes 4 et 5.

(2) *Baudry-Lacantinerie* et de *Loynes*. Traité théorique et pratique de Droit Civil, 3^e édition, Du Nantissement, tome I., n° 132 ; *Contrà* : *Laurent*. Principes de Droit Civil, 3^e édition, 1878, tome XXVIII, n° 518.

Le Code civil allemand autorise le créancier gagiste à vendre sans autorisation de justice et même sans titre exécutoire — § 1228 — pourvu que la vente se fasse aux enchères et soit précédée d'une mise en demeure avec délai d'un mois. — § § 1235 et suiv,

pensable. Il se peut que le débiteur puisse faire valoir certains moyens de défense. Il est nécessaire de l'appeler dans l'instance (3).

c) La vente doit avoir lieu aux enchères, c'est-à-dire avec publicité et concurrence.

d) Le créancier n'est pas astreint de pratiquer une saisie ; elle est ici inutile, puisque l'objet est en sa possession. Il n'est donc pas astreint de suivre les formalités de la saisie-exécution (4).

* * *

La formalité de la vente aux enchères est remplacée lorsque le gage est constitué par des valeurs de Bourse, par une autre formalité, tout aussi protectrice pour le débiteur. La vente a lieu en Bourse par le ministère d'un agent de change (5). La négociation est effectuée 24 heures après annonce par affiche (art. 71). Mais, *remarquons que l'autorisation préalable du juge reste nécessaire.*

* * *

Autorisation du juge, vente aux enchères ; telles sont les deux règles marquantes de cette procédure. Il n'est pas

(3) *Baudry-Lacantinerie* et de *Loynes*. Du Nantissement, 3^e édition, t. I n° 115.

(4) *Baudry-Lacantinerie* et de *Loynes*, op. cit. I, n° 118. — *A. Colin et Capitant*. Cours élémentaire de Droit civil français, 5^e édition, 1928, t. II, p. 765. — *Contrà* : *Beudant*, I, n° 191. — *Guillouard*. Nantissement, n° 176. — *Laurent*, op. cit., t. XXVIII, n° 512. — *Pont*. Petits Contrats, t. II, n° 1149.

(5) Décret du 7 octobre 1890, art. 70-73.

difficile d'y reconnaître des mesures de protection du débiteur.

A. — L'intervention de la justice joue un rôle de premier ordre par la possibilité qu'a le juge d'accorder des *délais de grâce*. Sans doute, le juge ne pourra-t-il pas se refuser à autoriser la vente si le créancier l'exige. Mais il pourra en différer le moment, donnant ainsi encore une chance au débiteur de sauver l'objet nanti.

C'est donc par la possibilité d'accorder des délais de grâce, que l'intervention du juge est précieuse. Certains auteurs ne l'avaient pas compris ainsi. C'est, croyons-nous, une omission grave. La faculté d'octroyer des délais de grâce a la valeur d'une institution juridique de premier plan, surtout en époque de crise économique, quand elle devient d'une considérable importance pratique.

* * *

Une loi toute récente, du 25 mars 1936, complétant l'article 1244 du Code civil, apporte une réelle confirmation de ce point de vue.

Dans le deuxième article de cette loi il est disposé :
« Par dérogation aux dispositions de l'art. 37 du décret-loi
« du 28 février 1852 (sur la saisie immobilière pratiquée
« par le Crédit foncier), le juge des référés dans les condi-
« tions prévues par l'art. 1244 du Code civil pourra, à titre
« exceptionnel, *suspendre* POUR LE DÉBITEUR MALHEUREUX
« ET DE BONNE FOI *qui n'aura pas bénéficié d'un DÉLAI*
« AMIABLE AU MOINS ÉGAL A UN AN, TOUTE MESURE D'EXÉCU-
« TION *et* ACCORDER TOUTE REMISE D'ADJUDICATION POUR UN

« DÉLAI QUI N'EXCÉDERA PAS UNE ANNÉE A PARTIR DE LA PROMULGATION DE LA PRÉSENTE LOI ».

On voit par là quelle importance revêt de nos jours la possibilité d'accorder des délais de grâce au débiteur.

* * *

Le tribunal compétent est le tribunal civil. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que cette compétence appartient au juge des référés (6).

* * *

B. — Quant à la vente aux enchères, son but est de faire produire à la chose sa plus haute valeur, dans l'intérêt du créancier comme dans celui du débiteur. On comprend qu'elle puisse être remplacée par un autre mode de vente qui présente à cet égard des garanties équivalentes. C'est ainsi que se justifie la vente en Bourse des valeurs négociables.

La vente une fois réalisée, le créancier se paie *par préférence* sur le prix. Le surplus, s'il y en a, appartient au débiteur ou aux autres créanciers. Les frais de la vente sont à la charge du débiteur qui les a rendus nécessaires en n'exécutant pas son obligation de payer.

Telles sont, brièvement exposées, les règles qui gouvernent la vente du gage mobilier. Nous n'avons parlé ici que des règles générales. Nous réservons pour un chapitre ultérieur l'exposition des règles visant des hypothèses spéciales, dont les plus caractéristiques concernent le gage commercial.

(6) *Baudry-Lacantinerie* et de *Loynes*, op. cit, n° 115,

* * *

2° Le créancier peut, s'il le préfère, conclure à ce que le gage lui soit *attribué en pleine propriété*, jusqu'à due concurrence. C'est l'ancienne *impetratio domini*.

Quelles sont les règles que l'on doit suivre en ce cas ?

a) L'autorisation du tribunal et b) la mise en cause du débiteur sont nécessaires comme dans le premier cas. Elles y trouvent les mêmes justifications.

c) la vente aux enchères est ici remplacée par un transfert de propriété par jugement. « C'est un succédané du droit de vendre » (7).

Toutes les mesures protectrices qui résultent de l'intervention du juge se retrouvent donc pour l'attribution du gage au créancier comme pour la vente. Ici aussi le juge pourra octroyer des délais de grâce.

d) Quant aux garanties destinées à faire produire à la chose sa plus haute valeur, il y sera pourvu par une estimation de la valeur de la chose par experts. Certains auteurs considèrent même que la formalité de l'expertise est seule essentielle (8). Il semble qu'il y ait là quelque exagération. D'après les principes généraux l'expertise n'est pas obligatoire pour le juge. Elle n'est pour lui qu'un simple moyen d'instruction. Elle ne le lie pas. Le tribunal peut fixer lui-même la valeur du gage s'il possède des éléments d'appréciation suffisants (9). Il en est ainsi notamment au cas où la chose donnée en gage consiste en

(7) *Planiol et Ripert*, op. et loc. cit., p. 118.

(8) *Troplong*. Du Nantissement, n° 403 et suiv.

(9) *Baudry-Lacantinerie*, op. cit., t. 25, n° 116.

valeurs négociables à la Bourse, et dont la côte permet au juge une estimation exacte (10).

Cette attribution de propriété participe de la nature d'une vente ; le prix de la chose se compense avec la créance du gagiste. Si la chose engagée est d'une valeur supérieure à la dette, le créancier devra une soulte au débiteur. Cette soulte, considérée comme le prix d'une vente bénéficiera des garanties du vendeur (11).

* * *

Cependant, cette attribution du gage moyennant estimation par experts semble écartée en matière commerciale.

En effet, l'art. 93 du Code de commerce, modifié par *la loi du 23 mai 1863*, qui a réglementé le gage commercial ne prévoit pas, comme l'art. 2078 du Code civil, l'IMPETRATIO DOMINI. Il dispose seulement que : « à défaut de paiement, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage ». Et le même article règle ensuite les formalités de cette vente.

Le créancier gagiste est-il obligé, en matière commerciale, de réaliser le gage conformément à cette disposition ? Ne pourrait-il pas renoncer au bénéfice de l'art. 93 C. comm. et demander simplement, conformément à l'art. 2078 C. civ. que l'objet donné en gage lui soit attribué en paiement, jusqu'à concurrence de sa créance, d'après une estimation faite par experts ?

Telle est, en effet, la question qui s'est posée devant

(10) Civ. 1^{er} juillet 1856, D. 56, I, 274, S. 56, I. 785. Bruxelles, 8 janvier 1834, S. 1834, 2, 283.

(11) Cf. *Planiol et Ripert*, XII, p. 118.

les tribunaux après le vote de cette loi. Il est vrai aussi que cette difficulté s'est rarement présentée en pratique, parce que les créanciers gagistes préfèrent généralement le mode de réalisation expéditif prévu par l'art. 93 C. comm., et qui s'accorde mieux avec les nécessités et les usages du commerce.

La plupart des auteurs se prononcent pour la limitation de l'application de l'art. 2078 au gage civil.

L'exposé des motifs et le rapporteur de la loi du 23 mai 1863 ont formellement exprimé l'idée de substituer une réglementation et une procédure nouvelles au principe ancien contenu dans l'art. 2078 ; en plus, quand le législateur a voulu conserver au gage commercial la disposition de l'art. 2075 C. civ., il l'a formellement exprimé dans le nouvel art. 91 du Code de commerce.

Cependant, d'après MM. Planiol et Ripert (12) et d'après MM. Aubry et Rau, (13) « les dispositions de l'art. 2078 sont, en général, applicables en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile ».

C'est le système opposé, selon lequel le mode de réalisation indiqué par l'art. 93 C. com. *ne serait pas facultatif*, mais au contraire le seul que le créancier gagiste puisse employer en matière commerciale, qui a été consacré en jurisprudence par la cour de Toulouse, dans son arrêt du 27 juillet 1872 (14), rendu par suite du renvoi prononcé par l'arrêt de la chambre civile du 24 mars 1870 (15), et

(12) Op. cit, t. XII, n° 133 infine.

(13) Cours de Droit Civil français, 4^e édition, tome 4, § 434, p. 712.

(14) S. 1874, 2 178, D. 1873, 2, 230,

(15) D. 1870, 1, 222.

dans lequel la chambre civile penchait déjà vers cette solution.

La Cour de Toulouse s'exprime comme suit : « Attendu que le Code civil, après avoir organisé le gage en matière civile et tracé des règles précises pour la constitution et la réalisation du gage, déclare expressément, art. 2084, que ces dispositions ne sont pas applicables aux matières commerciales ; que le Code de commerce n'ayant pas réglé les conditions et les effets du nantissement commercial, il y avait une lacune dans la législation que la jurisprudence avait comblée en étendant par analogie les art. 2074 et suiv. aux matières commerciales ; que ces dispositions de loi étaient considérées dans la pratique, comme les usages du commerce ; que la loi de 1863 a organisé d'une manière complète le gage commercial ; que cette loi a eu pour effet d'abroger les usages antérieurs établis par l'interprétation extensive des art. 2074 et suiv., et qui, dans le silence du Code étaient considérés comme ayant l'autorité de loi ; *qu'il n'est pas nécessaire de trouver dans la loi de 1863 une disposition abrogative, ni une incompatibilité entre les dispositions de la loi nouvelle et l'art. 2078, consacré dans les usages du commerce ; qu'il est de principe que, lorsqu'une loi nouvelle crée sur la même matière un système entier et complet, plus ou moins différent de celui de la loi ancienne, la loi ancienne est virtuellement abrogée* ; que le législateur ne peut vouloir que l'économie et l'unité de la loi nouvelle soient altérées par des combinaisons de textes qui ne soient pas homogènes, ni admettre la coexistence de deux dispositions différentes sur le mode de réalisation du gage commercial ; que la volonté abrogative de la loi est d'ailleurs clairement manifestée, sinon dans le texte même de la loi, au moins dans l'exposé des motifs ;

que le rapporteur s'exprime ainsi : « L'article 93 nouveau a une importance qui n'échappera pas à l'attention de la Chambre : *il abroge*, en ce qui touche le gage commercial, l'art. 2078 du Code, aux termes duquel le créancier est obligé de recourir aux tribunaux pour exécuter le gage, s'il n'est pas payé ».

Attendu que l'art. 93, en déclarant que le créancier gagiste *peut*, huit jours après une signification faite au débiteur, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage, n'a pas concédé une simple faculté au créancier en lui laissant l'option entre la procédure tracée par l'art. 2078 C. civ., et celle de l'art. 93 ; *que cette dernière disposition n'est pas permissive, mais impérative* ; que cette procédure rapide, qui permet de transformer immédiatement les objets gagés en argent, est motivée par des raisons économiques et de crédit commercial ; *que l'exposé des motifs démontre qu'on a voulu protéger non seulement le créancier, mais le débiteur lui-même, en assurant au créancier le moyen d'un prompt remboursement* ; que les lenteurs dans la réalisation du gage éloignent les capitaux et paralysent le crédit ; *que le mot « PEUT » de l'art 93, qui autorise le créancier à faire vendre directement, exprime la dérogation à l'article 2078, qui obligeait le créancier gagiste à faire ORDONNER EN JUSTICE que le gage lui demeurerait sur une estimation d'experts ou serait vendu aux enchères* ; que ce mot signifie que le créancier sera affranchi des lenteurs que nécessite l'obtention d'une décision judiciaire ; qu'en un mot, il peut faire ce qu'il ne pouvait pas faire sous l'empire de l'article 2078 : *faire vendre sans autorisation de justice* ; *que c'est là le sens de ce mot « PEUT »* ; mais qu'il n'est pas admissible que, dans une loi qui contient un système complet sur le gage,

on ait voulu accorder au créancier la faculté du choix entre la loi ancienne et la loi nouvelle. *Attendu que cette interprétation est contraire à l'esprit de la loi de 1863, qui a voulu vulgariser le nantissement commercial* en assurant au gagiste un remboursement immédiat et sans frais, et à l'emprunteur un prêt facile et à bon marché ; que l'abrogation de l'art. 2078 est même littéralement imprimée dans le paragraphe 4 de l'art. 93, qui après avoir décrit le mode et les conditions de la vente du gage, cet article ajoute : « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage sans les formalités ci-dessus prescrites est nulle ».

Qu'il s'évince de cette disposition non-seulement que cet art. est abrogé, mais que le consentement des parties et la puissance de la convention ne pourraient pas le faire revivre ; qu'il faut donc décider à fortiori que, dans le silence des contractants, cet article ne saurait être invoqué ;Infirme le jugement du tribunal de Montpellier du 12 juillet 1867 ; ordonne que le navire LA SAINTE-GERMAINE sera vendu dans les délais et les formes prescrits par l'art. 93 C. comm., modifié par la loi du 23 mai 1863, etc. Cour de Toulouse, ch. réun. Du 27 mai 1872 ».

§ 2. — *Règles relatives à la réalisation de l'antichrèse*

A défaut de paiement à l'échéance, le créancier antichrésiste peut poursuivre l'expropriation de l'immeuble par les voies légales (art. 2088).

Il faut remarquer qu'à la différence du gage mobilier, le créancier antichrésiste n'a pas ici le droit de demander au tribunal l'attribution de l'immeuble en paiement. Il est

donc réduit à faire procéder à l'expropriation, tout comme un créancier ordinaire.

Comment justifier cette différence de régime ?

Outre la sollicitude dont le législateur a toujours fait preuve envers la propriété immobilière, nous croyons que cette disposition s'expliquait *par l'absence du droit de préférence* en faveur de l'antichrésiste. Cette absence de droit de préférence pour l'antichrésiste était une règle certaine sous l'ancien régime et les rédacteurs du Code civil ont sans doute voulu la conserver.

Ceci nous explique alors très facilement pourquoi *l'impetratio domini* était interdite en faveur de l'antichrésiste. Attribuer la propriété au créancier antichrésiste, fut-ce après estimation par experts, c'eût été lui accorder vis-à-vis des créanciers chirographaires un droit plus fort, un droit de préférence.

Nous croyons que ce caractère, l'absence du droit de préférence, donne l'explication de beaucoup de règles relatives à la réalisation de l'antichrèse.

Il est vrai que la doctrine (16) et la jurisprudence moderne (17) reconnaissent actuellement à l'antichrésiste ce droit de préférence, mais ce caractère ayant autrefois appartenu à l'antichrèse, il continue à influencer les règles modernes.

Quoiqu'il en soit, il reste vrai que la seule voie ouverte

(16) *Planiol et Ripert*. Traité pratique de Droit Civil français, tome XII, n° 299, édit. 1927 et *Colin et Capitant*, Cours élémentaire de Droit Civil français, 5^e édit., 1928, p. 755.

(17) Civ. 29 août 1865, D. 65, 1, 329. S. 65, 1, 433 ; Req. 24 janvier 1872, D. 72, 1, 353, S. 72, 1, 21.

an créancier antichrésiste est l'expropriation conformément aux règles de la saisie immobilière.

§ A. — *Règles de réalisation de l'hypothèque*

Ces règles sont celles de la saisie immobilière. Le créancier hypothécaire n'a pas un droit d'option entre la vente ou l'attribution de propriété de l'immeuble hypothéqué. Il poursuivra la vente de l'immeuble (art. 2167 C. civ.) conformément aux règles de la saisie immobilière.

Il bénéficie d'ailleurs d'un droit de préférence sur le prix, droit de préférence en fonction de la priorité de l'inscription ou de la qualité privilégiée de l'hypothèque.

CHAPITRE II

§ 1^{er}. — *Distinction entre les différentes catégories de débiteurs selon leur position dans la négociation du contrat de prêt*

Telles sont les règles légales de réalisation du gage, *Les parties peuvent-elles les écarter ?* Peuvent-elles, par une convention spéciale, substituer aux modes légaux un mode de liquidation plus prompt, moins coûteux, moins véxatoire ?

A première vue, cela devrait pouvoir se faire. Le crédit en gagnerait, ce qui est un avantage pour le débiteur comme pour le créancier, pour le progrès des affaires en général.

Il ne faut pourtant pas regarder un seul côté de la question. Il est bon de favoriser le crédit, fondement de la circulation des biens, nerf du commerce, principe dynamique de la société. Mais il ne faut pas sacrifier le débiteur, bouleverser les situations stables, compromettre la sécurité statique. Il importe de sauvegarder l'équilibre social surtout en époque de crise. Si les trop grandes facilités de la réalisation du crédit arrivent à mettre le débiteur entièrement à la merci du créancier, le mécanisme du crédit sera faussé et — en époque de crise — cette facilité dégénérera en désordre.

A ce point de vue il faut, croyons-nous, établir des

distinctions entre les différentes catégories de débiteurs, selon le genre de crédit auquel ils font appel. Il est impossible de traiter le débiteur qui emprunte sur gage mobilier (en dehors de la matière commerciale) de la même façon que celui qui a recours au crédit immobilier.

Ces deux catégories de débiteurs appartiennent à des classes économiques et sociales très différentes. Le premier est généralement un personnage modeste. « Le gage des meubles n'intervient ordinairement que dans de médiocres emprunts ; il est peu recherché par les prêteurs qui traitent les affaires couramment et avec scrupule ; car l'usure à laquelle il sert trop souvent de manteau, ne lui laisse pas une réputation intacte. A part quelques exceptions, que je ne critique pas, on l'abandonne aux monts de piété, lieux privilégiés institués par la piété et maintenus par l'utilité publique, ou à des petits spéculateurs qui font fructifier leur argent d'une manière latente et sans contrat. Il est surtout l'expédient lucratif des usuriers de bas-étage, qui exploitent les emprunteurs pauvres et honteux, et convoitent l'argenterie, les bijoux, les dentelles, derniers débris d'une ancienne opulence, dernière ressource d'un crédit aux abois » (1).

Le besoin de protection se fera sentir à leur égard bien plus fortement qu'à l'égard des propriétaires d'immeubles.

Ces derniers appartiennent à une catégorie sociale bien différente. La propriété d'immeubles est toujours le signe d'une certaine richesse. Le très grand développement pris par les valeurs mobilières dans les derniers temps n'enlève pas sa véracité à la distinction que nous faisons ici.

(1) *Troplong*. Du Nantissement, Préface, p. 1.

Incontestablement, la répartition des richesses contemporaine à la rédaction du Code civil n'est plus la même de nos jours. Mais le fait que les valeurs mobilières ont pris un essor gigantesque et imprévisible de la part des rédacteurs du Code civil, n'a pas fait disparaître ni la classe des propriétaires d'immeubles avec tous les avantages indiscutables qui s'attachent toujours à cette sorte de propriété, et n'a pas fait disparaître non plus — et loin de là — la classe de ceux qui ne possèdent ni immeubles, ni titres, et qui de ce fait ont gardé devant leurs créanciers la même position qu'avaient les débiteurs de 1804. La grande transformation opérée par le dernier siècle avec l'énorme accroissement des richesses qui en fut la conséquence a donné naissance à une nouvelle catégorie sociale — les propriétaires de valeurs mobilières — qui est venue s'ajouter aux autres déjà existantes.

La propriété d'immeubles reste, elle aussi, le signe d'une certaine richesse. Le débiteur qui emprunte sur gage immobilier a de ce fait une connaissance meilleure des affaires et surtout une meilleure position dans la négociation du contrat de prêt. Ajoutons, ce qui n'est pas le moins important, que la présence du notaire, par les conseils qu'il ne manquera pas de lui donner, lui assurera une protection plus efficace en l'empêchant de souscrire à des clauses léonines.

§ 2. — *Limites de la liberté de régler par convention la réalisation du gage, accordée à chacune de ces catégories de débiteurs*

Cet état de fait influera grandement sur la question de savoir jusqu'à quel point il est possible de permettre

aux parties de régler par convention la réalisation du gage.

Si *en fait* le débiteur se trouve vis-à-vis de son créancier dans un état de liberté économique et sociale relativement favorable, il est normal de mettre moins d'entraves à la liberté des conventions. Le principe de l'autonomie de la volonté ne peut juridiquement se justifier que s'il correspond *en fait* à un état de volonté libre.

On comprendra alors qu'un esprit défavorable entoure les conventions relatives à la réalisation du gage mobilier (à l'exception des valeurs mobilières que le Code civil n'a pas pu avoir en vue et pour lesquelles une discrimination devrait être faite dans une prochaine réforme). *La liberté des conventions n'est souvent pour le débiteur aux abois qu'une formule vide de sens.*

Sous ce rapport, les débiteurs qui donnent leurs immeubles en antichrèse se rapprochent de cette catégorie de débiteurs qui ont besoin d'une plus grande protection. Cette forme de crédit, d'ailleurs en désuétude, suppose que le débiteur a épuisé totalement tout crédit personnel et réel. C'est normalement lorsque la valeur de son immeuble est entièrement absorbée par les hypothèques, que l'emprunteur consentira à se dessaisir de son bien, dernière ressource de se procurer un pâle crédit.

Nous comprenons donc sans peine à quel point sa volonté sera enchaînée. Ajoutons qu'il sera, en outre, privé des conseils d'un notaire, le contrat d'antichrèse pouvant se faire sous seing privé.

Pour toutes ces raisons, nous croyons devoir traiter notre sujet en deux parties distinctes :

1° la première consacrée à l'étude du gage et de l'antichrèse ;

2° la deuxième à celle de l'hypothèque.

PREMIERE PARTIE

DES CONVENTIONS TENDANT A LA REALISATION PRIVEE DU GAGE MOBILIER ET DE L'ANTICHRESE

Les règles que le législateur a tracées au créancier pour la réalisation du gage ou de l'antichrèse s'imposent-elles d'une façon absolue aux parties, ou bien celles-ci peuvent-elles régler par convention le mode de liquidation ?

Il faut tenir compte à cet égard de trois dispositions législatives : les art. 2078 et 2088 du Code civil et l'art. 742 du Code de procédure civile.

L'art. 2078 C. civ. : « Le créancier ne peut à défaut de paiement, disposer du gage ; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères.

Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle ».

L'art. 2088 C. civ. : Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu ; toute clause contraire est nulle ; en se cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales ».

L'art. 742 C. proc. civ. : « Toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, est nulle et non avenue ».

Il en résulte que *deux types de conventions sont prohibées* :

1° *Le pacte comissoire*, c'est-à-dire la convention par laquelle le débiteur convient avec son créancier que celui-ci gardera la chose donnée en gage ou en antichrèse à titre de propriétaire, si le jour de l'échéance le débiteur ne paie pas sa dette. L'interdiction du pacte comissoire est clairement inscrite dans nos deux articles.

2° *La voie parée*, c'est-à-dire la convention permettant aux parties de ne pas suivre pour la *vente* de l'objet nanti les formalités légales. Ce qui revient à dire que l'on éludera pour la réalisation du gage mobilier, en tout ou en partie, les différentes règles légales, et que l'on ne suivra pas, en matière d'antichrèse, la procédure de la saisie immobilière.

L'art. 2078 indique clairement que toutes les règles posées pour la réalisation du gage sont impératives. Les parties ne pourraient les écarter.

Aucune disposition comparable à celle-ci ne figurait dans le Code civil pour l'antichrèse. La rédaction de l'art. 2088 est telle qu'on a pu se demander si la nullité qu'il édicte ne frappe que le pacte comissoire ou bien si elle vise également les conventions tendant à supprimer la saisie immobilière. Ce doute a subsisté jusqu'à la loi du 2 juin 1841, qui interdit formellement la voie parée. Mais déjà avant la loi de 1841, la jurisprudence avait prononcé la nullité de la clause de voie parée en matière d'antichrèse. Et cela est d'autant plus caractéristique, que

cette même clause était avant 1841 généralement reconnue valable en matière d'hypothèque (1).

Dès maintenant nous comprenons la raison profonde de cette différence de traitement. Elle n'est pas tellement fondée sur des raisons de droit positif que sur des raisons sociales et économiques. La protection du débiteur qui donne son immeuble en antichrèse est bien plus nécessaire que celle du débiteur qui a recours au crédit hypothécaire.

Bref, aussi bien pour le *gage* que pour l'*antichrèse*, il résulte de l'art. 2078 et de l'art. 2088 C. civ. combinés avec l'art. 742 du Code de proc. civ., que la liberté de régler conventionnellement la liquidation du gage trouve une double limite dans l'interdiction du pacte commissaire et de la clause de voie parée.

Mais il importe de bien préciser la portée de ces interdictions, car la pratique s'est ingéninée par des conventions diverses à tourner les règles légales. Une abondante jurisprudence s'est ainsi lentement établie. Nous essaierons d'en donner un bref aperçu.

* * *

Section première. — *Le pacte commissaire et les différentes conventions par lesquelles la propriété de l'objet nanti passe au cas de non-paiement au créancier.*

Le pacte commissaire est la clause qui autorise le créancier à conserver le gage en règlement de la dette, en lui attribuant à l'avance et de plein droit la propriété pour le cas de non-paiement.

(1) V. *Infra*, p.

Cette clause est nulle, mais à la différence du droit romain et de l'ancien droit, elle laisse subsister le contrat de gage. Elle est simplement réputée non écrite (2).

Cette nullité s'explique par le désir de protection du

-
- (2) L'art. 2078 C. civ. ne parle que de la nullité du pacte comissoire, sans faire réfléchir cette nullité sur la convention toute entière. Néanmoins, quelques tribunaux s'y sont trompés. « Cette convention, a dit notamment un jugement du Tribunal civil de la Seine du 6 décembre 1898, frappe de nullité non seulement la clause, mais le contrat dont elle est la condition fondamentale ». Gazette des Tribunaux du 23 décembre 1898.

Au contraire, un jugement de la même chambre du 23 janvier 1899. — Gazette des Tribunaux du 4 mai 1899 — s'exprime comme suit : « La clause relative à la disposition du gage constituât-elle un pacte comissoire, ne vicierait aucunement le contrat qui la contient ; elle seule serait nulle et improductive d'effet, sans altérer en quoi que ce fût les autres conventions de ce contrat. En décider autrement et faire rejaillir la nullité de cette clause sur le contrat lui-même serait aller manifestement à l'encontre des dispositions précises et non équivoques de l'art. 2078, § 2, lui-même, qui ne parle que de la nullité de la clause, et apporter dans l'application des nullités édictées par la loi une interprétation extensive à laquelle les tribunaux ont toujours justement résisté ».

Dans le même sens : Trib. civ. Saint-Nazaire, 11 nov. 1899 ; Gazette du Palais du 15 mai 1900. — Trib. civ. Seine, 1^{er} mars 1900. — « La Loi » des 17-18 juin 1900 ; Amiens, 21 décembre 1900, D. 1902. 2. 115,

débiteur qui sous l'empire d'une nécessité absolue serait prêt à souscrire à n'importe quelles conditions pour obtenir l'emprunt voulu. En outre, cette clause cache presque toujours un prêt usuraire, la valeur donnée en gage étant généralement supérieure à la dette garantie.

Quelle est la nature juridique du pacte comissoire ?

C'est une conversion du gage en vente, dit Troplong. Précisons : *C'est une vente de la chose engagée sous condition du non-paiement, consentie au moment même du prêt pour un prix fixé à ce même moment* et qui généralement représente la somme prêtée.

* * *

Il importe de bien préciser les éléments constitutifs de ce pacte comissoire interdit. Il ne faut pas oublier, en effet, que malgré l'affectation de la chose pour sûreté d'une dette, le débiteur garde la possibilité de vendre cette chose. Il peut la vendre aussi bien au créancier qu'à un tiers (3). Dès lors il est nécessaire d'individualiser aussi

(3) On s'accorde généralement à reconnaître que si le débiteur ne peut, en donnant un objet en gage, autoriser le créancier gagiste à se l'approprier sans les formalités de l'art. 2078 C. civ., la convention par laquelle le débiteur, après la constitution du gage, le *vend* au créancier, est valable, et ne saurait être confondu avec le pacte comissoire interdit par l'art. 2078.

Dans le pacte comissoire, en effet, il n'y a pas d'autre prix que l'argent déjà prêté et les intérêts ; dans la vente que fait un débiteur par un acte subséquent, il y a un prix débattu et fixé à nouveau ; il y a donc tout ce qui tient à l'essence de la vente : *res, pretium, consensus*.

précisément qu'il se peut cette espèce de vente qui constitue le pacte comissoire interdit.

Pour ce faire, nous passerons en revue différentes clauses dont l'effet est d'attribuer au créancier gagiste ou antichrésiste la propriété de la chose engagée, et nous nous demanderons à propos de chacune d'elles si elle tombe sous l'empire de la nullité édictée par les art. 2078 et 2088 du Code civil.

* * *

1° *Si la vente de l'objet nanti est consentie postérieurement au prêt, elle est valable.* — Une fois l'argent obtenu, le débiteur récupère une liberté relative suffisante pour l'empêcher de souscrire à une clause léonine.

Quelques auteurs avaient même soutenu que devraient être annulés même les pactes comissoires insérés postérieurement au contrat de gage, sous prétexte que le débiteur se trouve toujours sous la coupe du créancier qui, le menaçant de poursuites judiciaires, extorquera son consentement par la violence (4).

Il s'agit d'une vente actuelle et non plus conditionnelle, comme dans le pacte comissoire ; cette convention est valable toutes les fois qu'elle est faite sans fraude. L'accord de l'unanimité des auteurs s'est fait sur ce point.

Dans ce sens : Cass. 25 mars 1835-S. 1836. 1. 110 ; Req. 21 mai 1855-D. 1855. 1. 279, S. 1856. 1. 45 ; Req. 22 mai 1855-S. 1856. 1. 123, D. 1856. 1. 171 ; Req. 18 avril 1894-S. et P. 1895. 1. 238 ; Req. 17 octobre 1906-S. 1911, 1. 572, D. 1907. 1. 79.

(4) *Troplong*, op. cit. n° 386. et les auteurs cités par Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. t. 25, n° 133, note 2.

Il nous semble impossible de pousser aussi loin la protection du débiteur. Il ne faut pas oublier que toute *violence* n'est pas constitutive de vice de la volonté. Il faut, pour que la violence ait comme conséquence la nullité de l'obligation, qu'elle revête un caractère *illicite*. Or, la menace d'avoir recours aux rigueurs de la loi pour arriver à l'exécution de l'obligation n'a aucun caractère *illicite* ou immoral. C'est un cas de contrainte légitime.

« La violence qui peut donner lieu à la rescision du contrat, doit être une violence injuste ; ADVERSUS BONOS MORES, L. 3 § I D, QUOD MET. CAUSA. Les voies de droit ne peuvent jamais passer pour une violence de cette espèce : c'est pourquoi un débiteur ne peut jamais se pourvoir contre un contrat qu'il a fait avec son créancier, sur le prétexte qu'il a été *intimidé par les menaces* que ce créancier lui a faites d'exercer contre lui les contraintes par corps qu'il avait droit d'exercer, ni même sur le prétexte qu'il a fait ce contrat en prison lorsque le créancier a eu le droit de l'emprisonner » (5).

Voici pourquoi non seulement il est impossible d'étendre les dispositions des art. 2078 et 2088, qui contiennent une présomption de consentement vicié, au-delà de l'hypothèse qu'ils prévoient (6), mais nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de compléter sur ce point la protection du débiteur par une disposition légale expresse, ainsi que le souhaitent MM. Planiol et Ripert (7).

2° *Un autre type de convention licite par laquelle la*

(5) *Pothier*, Traité des obligations, 1, Paris, Thomine et Fortic, 1829, n° 26.

(6) *Baudry-Lacantinerie et de Loynes*, op. cit., t. 25, n° 133,

(7) Op. cit. t. XII. p. 120.

propriété du gage est attribuée au créancier non-payé à l'échéance moyennant un prix à déterminer par une estimation faite à cette époque.

En effet, ainsi que pour la clause précédente, la position du débiteur est meilleure, car il n'est pas obligé, au moment de la fixation du prix, de subir la loi de son créancier.

La plupart des auteurs se prononcent en ce sens.

« On comprend facilement qu'un tel pacte est exempt des dangers qui accompagnent le pacte commissoire. La chose sera estimée au temps du paiement ; on en fixera le prix sur des bases justes. Rien ne s'oppose dès lors à ce que, sous cette condition, la vente puisse être passée au créancier aussi bien qu'à un tiers. Enfin, le créancier n'est pas une personne incapable ; au contraire, il est naturellement capable d'acheter du débiteur la chose engagée, ainsi que le décide un rescrit impérial rendu pendant que Papinien était chargé de répondre aux requêtes (8). Il ne devient incapable que par les circonstances. Ici, il n'y a ni crainte de lésion ni possibilité d'abus (9).

Toutefois MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes sont d'un autre avis. D'après eux, cette clause est prohibée par la loi, au moins d'une façon implicite. L'art. 2078, disent-ils prévoit la possibilité d'attribution du gage au créancier ; mais il entoure cette attribution d'une série de formalités protectrices : intervention du juge qui pourra octroyer des délais de grâce ; avis des experts. Convenir que le gage deviendra la propriété incommutable du créancier, même

(8) L. 12, De distr. pignor. (Tryphoninus).

(9) *Troplong*, op. cit., n° 388.

si le prix doit être débattu librement entre les parties, ce serait aller à l'encontre des dispositions formelles de l'art. 2078 (10).

Les mêmes clauses d'attribution de la chose au créancier moyennant estimation au jour de l'échéance sont considérées généralement comme valables lorsqu'elles interviennent entre un créancier *antichrésiste* et son débiteur (11).

* * *

3° Par contre, l'attribution de la chose, *moyennant estimation faite au moment même du contrat* est généralement considérée comme entachée de nullité. Il faut tenir compte que lors de l'acte d'emprunt le débiteur est obligé de «passer sous les fourches caudines» de son créancier. C'est la convention de pacte comissoire la plus dange-reuse, considérée comme telle en vertu d'une doctrine constante qui distingue avec soin du pacte comissoire prohibé, la convention faite entre le débiteur et son créancier que la chose donnée en gage restera à ce dernier pour un juste prix déterminé à l'époque de l'échéance.

On a proposé, néanmoins, de faire une réserve pour le cas où le gage consisterait en titres de Bourse (12) et de valider la clause par laquelle les parties conviendraient

(10) Tome 25, n° 131.

(11) Cf. Troplong, op. cit., n° 560.

(12) Cf. Abel-P. Chiron, Réalisation du gage Civil et Attribution du prix, thèse Bordeaux 1904, p. 79.

que les titres passeront en pleine propriété au créancier gagiste au jour de l'échéance, si la dette n'est pas remboursée, à un *taux déterminé d'après le cours moyen du jour où l'avance a été faite*. Cette clause ne renfermerait rien de lésion, car elle serait aussi aléatoire pour le débiteur comme pour le créancier.

Nous ne partageons pas cette opinion. Cette clause, telle qu'elle a été décrite plus haut, renferme incontestablement un pacte commissaire prohibé par l'art. 2078 C. civ.

Le fait qu'elle serait aussi aléatoire pour les deux parties contractantes n'est pas pour justifier cette dérogation au principe général contenu dans l'art. 2078. Nous verrons que les tribunaux annulent régulièrement les clauses dites « de liquidation », par application de l'article 2078 quoique le risque soit, là aussi, égal de part et d'autre et malgré que ces clauses de liquidation soient encore moins dangereuses que les nôtres, parce que l'évaluation du gage y est faite d'après le cours moyen du titre en Bourse au jour de l'échéance. Le fondement de cette prohibition n'est pas autant une idée de prix, de risque et de préjudice ; ce que le législateur a voulu en premier lieu c'était d'imposer aux parties le recours à la justice pour la réalisation du gage ; il a voulu faire de cette autorisation de justice une condition préalable, essentielle de l'appropriation du gage par le créancier ou de sa mise en vente, et toute clause « qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle ».

Le législateur se refuse à analyser les circonstances de fait dans chaque espèce particulière et selon qu'il en est résulté ou non un préjudice pour le débiteur. Il a éta-

bli dans l'article 2078 du Code civil un principe général imposant le recours à la justice, dans le but de s'éviter ces recherches et pour pouvoir mieux protéger le débiteur *contre tous les risques* que des clauses contraires pourraient le faire courir, risques consistant autant dans un préjudice que dans la perte irrévocable et sans le contrôle du juge de la propriété du gage, avec tous les avantages qui peuvent découler pour le débiteur de ce contrôle.

D'ailleurs, pourquoi admettre cette exception en faveur du gage consistant en titres de Bourse ? L'art. 2078 ne s'appliquerait-il pas en cette matière ?

On l'a prétendu, mais cette prétention a été repoussée par les tribunaux qui ont décidé que *l'art. 2078 est général et s'applique au gage constitué en valeurs de Bourse* : « ...Attendu que les appelants soutiennent que les termes de l'engagement souscrit par l'intimée leur permettent de s'approprier le gage sans l'accomplissement d'aucune des formalités prescrites par l'art. 2078 C. civ...

Mais attendu qu'une semblable convention est expressément déclarée nulle par l'art. 2078 précité ; — *Que vaine-ment les appelants prétendent que l'art. 2078 est inapplicable au cas où le gage consiste en valeurs de Bourse* ; que le texte de la loi est formel et ne comporte aucune exception (13).

* * *

4°. — *La clause de liquidation.*

La clause en vertu de laquelle le vendeur d'une valeur à lots stipule que l'acheteur se libérera par paiements men-

(13) Chambéry, 14 mars 1897. D. 97. 2. 374, S. 97. 2. 284.

suels; que le titre restera en gage aux mains du créancier, que l'acheteur en perdra la propriété s'il est en retard pour le versement des mensualités et que la valeur du titre sera portée à son compte au cours moyen de la Bourse, le montant de la totalité du prix devenant exigible, est considérée par la jurisprudence comme nulle, par application de l'art. 2078 C. civ.

Voici, par exemple, comment s'exprime la Cour de Paris, dans un arrêt rendu le 28 mars 1900 (14) : « La Cour ; -...En ce qui touche la *clause dite de liquidation* dont les appelants entendent se prévaloir pour justifier leur demande ci-dessus formulée ; - Considérant que par l'effet de cette clause, à supposer la vente existante, le débiteur, par suite du non-paiement des versements, encourt de plein droit la déchéance des termes convenus ; que le prix devient immédiatement exigible ; que le créancier qui détient en gage le titre vendu à crédit exécute ce gage pour se payer sur le prix en provenant et que, selon que ce prix est supérieur ou inférieur au montant des sommes dues au vendeur, le compte de l'acheteur se solde par un reliquat à son crédit ou à son débit, qui lui est immédiatement payé ou pour lequel il peut être immédiatement poursuivi ; qu'une telle clause qui viole les dispositions de l'art. 1183 C. civ., en supprimant l'alternative de l'art. 1184, pour maintenir l'obligation par l'acheteur de payer une partie du prix et dispenser le vendeur de l'obligation correspondante de délivrer la chose, n'est pas une clause de résiliation comme le soutiennent les appelants, *mais d'exécution renfermant le pacte comissoire prohibé par l'art. 2078 C. civ ; ... »*

(14) Au Dalloz 1903. 2. 153.

Cette convention contient-elle un véritable pacte com-missoire ? Pour soutenir l'affirmative on a fait remarquer que le créancier gagiste est autorisé par la clause d'éluder les formalités protectrices édictées par l'art. 2078 C. civ. (15).

Mais, une autre opinion a été soutenue par Labbé. D'après ce célèbre arrêteste, notre clause ne serait nullement un pacte com-missoire, mais tout simplement une vente sous condition résolutoire. En effet, rien ne peut empêcher un vendeur de stipuler qu'au cas de non paiement du prix, la vente sera résolue. Il est admis que l'insertion d'une clause de résiliation de plein droit enlève au juge la faculté d'ac-corder au débiteur des délais de grâce.

Or, telle est justement la situation prévue par notre clause. Les parties avaient précisément stipulé que : « faute par l'acheteur de s'acquitter dans la huitaine après une mise en demeure par simple lettre recommandée, la vente est ré-siliée de plein droit, sans qu'il soit besoin d'aucune autre mise en demeure ni formalité judiciaire ».

Mais une objection a été présentée contre ce système. Notre clause ne tendrait pas à la résiliation du contrat, mais au contraire à son exécution. S'il y avait eu résolu-tion, les parties auraient du se retrouver dans la situation antérieure à la vente. Or, d'après la clause, le gage est vendu pour le compte du débiteur, le produit de la vente est porté au crédit de son compte. En conséquence, les par-ties, loin d'être remises dans le statu-quo ante, comme au cas de résiliation, sont au contraire obligées de se tenir réciproquement compte de la différence entre le prix de la vente primitive et celui de la revente en Bourse.

(15) V. en ce sens, *M. Mack*, De la négociation à crédit des valeurs à lots, p. 22 et 23.

A cela Labbé répond que cette différence ne représente rien d'autre que des dommages-et-intérêts accordés au vendeur pour le préjudice causé par la résiliation.

En réalité, l'analyse de Labbé est subtile. Il ne s'agit pas de contester le caractère de vente sous condition résolutoire de l'opération intervenue. Mais cette opération est double. La vente est accompagnée d'une constitution de gage, puisque le vendeur retient la possession de la chose. Il en a perdu la propriété mais, si le débiteur ne paie pas le prix stipulé, il redeviendra propriétaire de la chose *détenue en gage*. Qu'est-ce à dire, sinon que le retour de la propriété de cette chose au créancier gagiste dépend du non-paiement du prix à l'échéance par le débiteur ? Ce sont là les traits caractéristiques du pacte comissoire. Ce n'est donc pas en tant que vendeur qu'il faut envisager les droits du créancier, mais en tant que gagiste (16).

* * *

5° A. — *Le pacte comissoire peut se dissimuler sous les apparences d'une vente à réméré* (16a).

Il y a une grande analogie, tout au moins du point de vue purement formel, entre les deux conventions. L'acheteur

(16) V. dans le même sens : Paris, 26 octobre 1886, Orléans, 20 novembre 1886, Trib. de Nontron, 18 août 1886.- S. 1887. 2. 49-51 ; Cass. civ. 4 février 1896- S. 1897. 1. 269 ; Chambéry, 14 mars 1897 - S. 97. 2. 284, D. 97. 2. 374 ; Amiens, 21 décembre 1900 - D. 1902. 2. 115 ; Civ. Rej. 30 avril 1900, Civ. Cass. 14 janvier 1902 --D. 1903. 1. 217.

(16a) V. Edouard *Dessauges*, De la réalisation privée du gage, thèse Lausanne, 1934, p. 48.

comme le créancier gagiste fournit une somme d'argent ; l'un et l'autre sont obligés de restituer la chose si le débiteur exécute son obligation au terme convenu. Dans le cas contraire, ils deviennent, l'un et l'autre, propriétaires incommutables. Quel signe nous permettra de distinguer la vente-à-réméré licite de celle qui recouvre un pacte comissoire ?

D'après MM. Planiol et Ripert (17) « le meilleur signe distinctif est la *qualité d'usurier chez l'acquéreur apparent*, résultant de son habitude de se livrer à ce genre d'opérations ; la fréquence des achats de la part de la même personne, l'inégalité marquée entre le prix de vente et le prix de restitution révéleront au juge l'intention de fraude à la loi chez le prétendu acheteur, et lui permettront d'estimer souverainement que la vente-à-réméré recouvre en réalité un prêt sur gage illicite ».

En réalité, le pacte comissoire est une convention bien distincte de la vente-à-réméré. Cette dernière est un marché ferme, subordonné à une condition résolutoire. L'autre est un prêt accompagné d'une transmission de propriété subordonnée à une condition suspensive.

Le vendeur à réméré n'est pas un débiteur. Il ne doit rien ; mais il a la faculté de recouvrer la chose aliénée en remboursant à l'acheteur le prix et les frais et loyaux coûts du contrat. Si la chose a diminué de valeur il se gardera bien d'user de la faculté qu'il a stipulée ; il ne manquera pas au contraire de s'en prévaloir, si elle a augmenté. L'emprunteur sur gage qui consent le pacte comissoire est un débiteur ; si la chose a augmenté de valeur, le créancier non payé s'empressera de la conserver en vertu du pacte

(17) Op. cit. tom. XII, n° 122.

commissoire ; si elle a diminué, il répudiera la convention, poursuivra son débiteur et le contraindra à reprendre le gage. Dans la vente à réméré, c'est l'acheteur qui court les chances défavorables ; dans le contrat de gage accompagné d'un pacte commissoire, elles incomberaient à l'emprunteur. On comprend que la loi autorise la première convention et prohibe le pacte commissoire. *On distinguera donc ces deux conventions en recherchant si le contrat a donné naissance à une obligation, s'il y a un débiteur* (18).

Un exemple frappant de contrat de nantissement contenant un pacte commissoire et déguisé sous la forme d'une vente avec pacte de rachat nous est donné par l'arrêt de la Cour de Paris du 18 avril 1889 (19).

Il s'agissait, en espèce, d'un contrat ayant pour but d'autoriser le prêteur — prétendu acheteur — à s'attribuer l'objet en gage à défaut de paiement à l'échéance et sans observer les formalités prescrites par la loi (art. 93 C. comm. et 2078 C. civ.). L'objet donné en gage était une reconnaissance du mont-de-piété ; c'est là, d'ailleurs, le plus grand abus auquel donne lieu le trafic de ces reconnaissances.

« ...Considérant qu'il résulte de ces circonstances, *corroborées par les habitudes de Cocharaud, résultant de sa profession elle-même*, que les actes susénoncés constatent non pas une vente, mais le *prêt* par C.. des sommes qui y sont énoncées, garanti par la remise des reconnaissances du Mont-de-Piété que Lacroix se réservait le droit de retirer aux époques convenues, en remboursement des sommes qui lui avaient été avancées.

(18) *Baudry-Lacantinerie et de Loynes*, op. cit., n° 135.

(19) D. 90. 2. 342.

...Considérant que la disposition finale du même article déclare nulle toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer, sans les formalités prescrites par la loi ; que Cocharaud ne peut donc pas invoquer la stipulation qu'il a énoncée dans les actes ou factures des 25 avril, 9 mai, 5 et 6 juin 1884, laquelle est contraire à la loi et frappée d'une nullité absolue ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que Lacroix demande à bon droit la restitution des reconnaissances qui lui appartiennent contre remboursement des avances à lui faites par Cocharaud, en principal et intérêts, et, à défaut de cette restitution, l'allocation de dommages-intérêts à fixer par état ; qu'il est, d'ailleurs justifié que, par exploit de Noël, huissier, du 5 juin 1884, il a été fait défense à Cocharaud de se dessaisir desdites reconnaissances, d'en faire usage, et, qu'il ne pouvait, dès lors, imputer qu'à lui-même l'impossibilité où il serait de les représenter ; ...Par ces motifs infirme ...Condamne Cocharaud à restituer... ».

Dans le même sens : Limoges, 18 juin 1888 (20).

Démasquer ces combinaisons est « surtout une question de fait et d'intention » comme le dit avec raison l'arrêt de Limoges, du 18 juin 1888, précité.

B. — *Parfois la vente à réméré se combine avec une relocation au vendeur de la chose aliénée.* Cette combinaison est surtout employée en matière immobilière, mais elle peut également fonctionner pour les meubles (21).

L'ancien droit connaissait déjà cette convention. Elle

(20) D. 89. 2. 240.

(21) V. Req. 11 mars 1879 - D, 79. 1. 401,

servait alors surtout à tourner la règle de la prohibition du prêt à intérêt ; mais elle peut également servir à déguiser un pacte comissoire.

On l'appelle alors *contrat pignoratif*.

Le contrat pignoratif a pour caractères distinctifs la faculté de rachat, la vileté du prix et la relocation au vendeur de sa propre chose, et cette règle, admise par l'ancienne jurisprudence, est toujours applicable, notamment quand la vente est simulée et a eu lieu, même sans masquer des intérêts usuraires, pour éluder la prohibition de l'art. 2088 C. civ.

La question de savoir si une convention constitue, en réalité, une vente avec pacte de rachat, ou bien un prêt avec nantissement immobilier, accompagné d'un pacte comissoire, doit se résoudre uniquement d'après les inductions, d'après les clauses et circonstances des actes intervenus, et d'après les révélations diverses de l'intention des parties contractantes.

En conséquence, il y a lieu d'annuler, comme contenant un pacte comissoire et faisant fraude à la loi, la convention par laquelle un débiteur vend à réméré et à vil prix un immeuble à son créancier, lorsque ce dernier le reloue, en même temps, au vendeur pendant le délai accordé pour l'exercice de la faculté de rachat, et que l'ensemble des conditions stipulées assure à l'acheteur des avantages de nature à léser le vendeur.

Spécialement, lorsque le prix de vente est indiqué comme payé, pour une partie, par compensation, avant la date de l'acte et, pour l'autre partie, au moyen d'une somme comptée hors la présence du notaire ; que l'acquéreur impose au vendeur, déjà insolvable, des clauses qui doivent rendre le réméré aussi difficile que possible, tel que le

remboursement en un seul payement, le payement par le vendeur des impôts fonciers, des frais d'acte et des primes d'assurance ; et que le prix de la relocation représente exactement l'intérêt à cinq pour cent de la somme prêtée par le vendeur à l'acquéreur.

Il en a été ainsi jugé par la Cour de Limoges dans un arrêt du 18 juin 1888, au Dalloz 89. 2. 240. (22).

* * *

6° — Enfin, *n'est pas considéré comme un pacte commissaire l'attribution de propriété d'un objet non engagé, alors même que cette clause figurerait dans un acte d'emprunt et serait subordonnée au non remboursement au terme convenu.*

Il en a été ainsi jugé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 1^{er} juillet 1844 (23), dans une espèce qui mérite d'être rapportée : La dame Castanier, débitrice de 4.557 fr. envers les époux Thouery, s'oblige conjointement avec son mari, à payer cette somme à une certaine époque. Il fut convenu que les époux Castanier vendent sous condition suspensive aux époux Thouery quatre différents immeubles,

(22) V. également Grenoble 13 nov. 1891 - D. 92. 2. 310.

De même, v. sur les caractères du contrat pignoratif : Chambéry, 3 janvier 1873 - D. 74. 1. 241. (sous Req. 22 décembre 1873) ; Alger, 2 novembre 1885 - S. 86. 2. 132 ; Nancy, 3 mai 1867 - D. 67. 2. 95 ; Montpellier, 23 juin 1879 - D. 81. 1. 215 (sous Req. 10 mai 1880) ; Lyon, 3 janvier 1873 - D. 74. 1. 161. (sous Req. 12 janvier 1874) ; Lyon, 30 décembre 1863 - D. 67. 5. 286.

(23) D. 44. 1. 344.

en expliquant que la vente deviendrait irrévocable par la seule expiration de l'un des termes de paiement, sans mise en demeure, et à charge de rembourser les sommes précédemment reçues.

Un arrêt de la Cour royale de Montpellier du 17 août 1840 décide que l'obligation des époux Castanier n'a eu qu'un but : c'est de substituer une expropriation extra-légale à celle de la loi, de changer les conditions de l'expropriation et d'écarter la mise en demeure, la concurrence, la publicité ; que c'est un voile pour l'usure, et une violation des art. 2078 et 2088 du Code civil ; qu'à la vérité, il n'y a pas eu ici mise en possession préalable du créancier, comme dans le cas de nantissement ; que cette circonstance ne fait que rendre plus exorbitante l'expropriation du débiteur.

Cet arrêt a été cassé par arrêt de la chambre civile du 1^{er} juillet 1844 (24).

Il n'y a pas eu impignoration : aucun immeuble n'a été remis en gage au créancier ; il n'y a qu'une vente conditionnelle. La clause que la vente deviendra pure et simple faute de paiement à telle époque ne rentre pas dans les dispositions de l'art 2088 du Code civil.

Voici comment Troplong explique la validité de cette clause :

« Si on y fait attention, il y a une grande différence entre cette convention et le pacte comissoire. Dans le

(24) D. 44. 1. 344.

Consultez dans le même sens : Req. 6 août 1845 - D. 45. 1. 392 ; en sens opposé : Req. 3 juillet 1834 ; Lyon 13 janvier 1839 - D. 34. 1. 37., D. 40. 2. 51,

pacte comissoire, le créancier, déjà nanti d'un gage et ayant toutes ses sûretés, ne se contente cependant pas de ces précautions ; après avoir voulu du nantissement pour mettre la chose en sa possession, il repousse le nantissement et ses conséquences logiques pour la faire passer dans son domaine de propriété ! Il accumule sûretés sur sûretés, et cette excessive vigilance est de nature à faire craindre pour le débiteur livré à ses rigueurs. La loi a donc raison d'être soupçonneuse à l'égard d'un créancier qui lui-même est si soupçonneux. Mais elle a beaucoup moins à redouter les pièges du créancier qui suit, jusqu'à un certain point, la foi du débiteur, qui ne se fait pas donner de gages et qui consent à prendre en paiement une chose que le débiteur peut faire disparaître. Ce créancier n'annonce pas, par cette conduite, l'avidité et l'âpre cautèle du précédent. Rien n'empêche donc de laisser à l'acte la valeur habituelle d'une dation en paiement » (25).

D'après la doctrine, cette clause serait valable en matière mobilière comme en matière immobilière (26).

(25) *Troplong*, Du nantis. n° 390.

(26) V. contra. *Edouard Dessauges*, op. cit., p. 47.

V. aussi l'arrêt de la Chambre civile du 29 août 1849-D. 49. 1. 273. sur la vente d'un immeuble faite par un débiteur à son créancier, sans stipulation d'hypothèque ni nantissement, sous la condition qu'elle demeurera sans effet en cas de payement de la créance au terme convenu : c'est une vente conditionnelle, valable, et cette vente ne doit pas être considérée comme ayant le caractère d'un contrat de nantissement, quoiqu'il soit dit dans l'acte qu'elle est consentie pour sûreté de la créance.

SECTION II

CLAUSES PAR LESQUELLES LE CREANCIER EST
AUTORISE A REALISER LE GAGE OU L'ANTICHRESE
SANS RESPECTER LES FORMES LEGALES

Nous connaissons ces formes. Sont-elles impératives ?
Etudions cette question d'abord par rapport au gage, ensuite
par rapport à l'antichrèse.

L'opinion dominante tient pour valable cette vente intervenue entre le débiteur et son créancier en prévision du non-paiement de la dette.

« ...Attendu que si ledit acte paraît avoir eu pour but la sûreté et la garantie du prêt auquel s'engageait Blanc, *les caractères essentiels du nantissement*, à savoir *la remise actuelle* d'un objet à titre de simple gage ou dépôt, ne se rencontrent pas dans la stipulation ; que l'on y voit au contraire, en termes formels, une *cession entière* du droit de péage, c'est-à-dire le transport pour en disposer pleinement d'une chose ou d'un droit utile, moyennant la somme prêtée par le cessionnaire, le dit transport subordonné au cas où cette somme ne serait pas acquittée par le cédant dans les termes de son engagement.

Attendu qu'en cet état des conventions produites, lesquelles n'avaient rien de contraire aux lois, la Cour d'appel, *appréciant* l'intention des parties, *a pu se refuser à considérer l'acte dont est question comme un prêt sur nantissement et lui donner la qualification ainsi que les effets légaux d'une cession ou vente sous condition*, sans violer les art. 1582, 1583, 2071, 2072 et 2076 C. civ, ni aucune autre loi ».

SOUS-SECTION I

CLAUSES DE REALISATION PRIVEE DU GAGE

« La règle que le créancier ne peut pas vendre le gage à l'amiable et sans avoir obtenu la permission du tribunal est d'ordre public », écrivent MM. Planiol et Ripert (27).

L'art. 2078 C. civ. prévoit, nous le savons, que le créancier ne peut disposer du gage, « sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères ». Cet article ajoute « toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle ».

Quelles sont ces formalités indispensables ? L'intervention de la justice ou bien l'obligation de vendre aux enchères, de faire estimer à fin d'appropriation ?

Sur ce problème la doctrine est divisée. Si la plupart des auteurs sont d'accord pour considérer que l'expertise ou la vente aux enchères sont indispensables, beaucoup pensent, au contraire, que l'intervention du juge est une garantie qui peut parfaitement être écartée d'un commun accord par le débiteur et le créancier. Analysons donc les arguments de cette doctrine.

(27) Op. cit., n° 119.

CHAPITRE PREMIER

L'AUTORISATION DU JUGE EST-ELLE INDISPENSABLE ?

Il peut sembler étonnant que cette question ait pu donner lieu à tant de controverses en matière de gage. En effet, les termes de l'art. 2078 sont formels. Après avoir décrit les voies que le créancier doit suivre pour réaliser son gage, il ajoute : « toute clause contraire est nulle ». Il est difficile d'être plus clair.

Néanmoins, la thèse adverse a trouvé des partisans chaleureux.

A. — *On fait valoir un premier argument, tiré du droit romain et de l'ancien droit.*

Nous savons, en effet, qu'en droit romain le créancier pouvait vendre la chose donnée en gage sans en demander la permission au juge. Cette vente pouvait d'ailleurs être une vente à l'amiable.

L'ancien droit ne laissa pas la même liberté au créancier. Le créancier devait mettre en demeure le débiteur d'avoir à payer. Après cette mise en demeure sans effet, il devait appeler le débiteur en justice et obtenir une sentence déclarant qu'à défaut de paiement dans un nouveau délai imparti par la même sentence, il lui sera permis, sans autre

jugement, de vendre le gage. Et puis la vente devait être faite par un huissier, au lieu où étaient faites habituellement les ventes judiciaires, et ce avec l'observation des formalités requises par l'Ordonnance de 1667 pour la vente des meubles saisis. Loyseau (28) et Pothier (29) qui nous relatent ces faits ajoutent qu'on pouvait néanmoins convenir par le contrat de nantissement, que le créancier serait autorisé, faute de paiement après un certain temps convenu, à vendre le gage, sans obtenir pour cet effet aucune permission du juge ; ou aussi permettre au créancier de vendre la chose de gré à gré, et convenir qu'il serait cru du prix à sa déclaration.

Ces précédents historiques ont convaincu plusieurs auteurs de la validité de la clause qui dispenserait le créancier de s'adresser à la justice pour obtenir le droit de vendre la chose donnée en gage (30).

Quelle valeur ont ces arguments historiques ?

Il nous semble impossible de les suivre. L'histoire peut nous servir de guide pour la solution d'un problème de droit actuel, dans les cas où les données juridiques, économiques et sociales sont identiques ou au moins semblables aux données contemporaines.

Or, nous n'hésitons pas à le dire, il n'y a aucune commune mesure entre le jus distrahendi du droit romain et la clause permettant la vente du gage sans recours préalable à la justice.

(28) Déguerpissem. liv. III, ch. VII, n°2.

(29) Nantiss. n° 24 et 25 ; Hyp. n° 216.

(30) *Troplong*, op. cit., n° 403 ; *Pont*, op. cit., n° 1150 et 1159 ;
Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 4^e édit., § 434.

La raison d'être de l'insertion du *PACTUM DE VENDENDO* en droit romain est, nous le savons, de conférer au créancier un droit que le seul contrat de gage ne lui donnait pas. Comment, dès lors, comparer nos deux clauses ?

Quant à l'ancien droit, l'analogie de situation est sans doute plus grande. Le droit de vente appartient en vertu du contrat de gage à tout créancier. La nécessité de s'adresser au juge apparaît. Mais nous savons combien grande était pour les jurisconsultes d'alors l'autorité du droit romain. Ce n'était pas, comme pour nous, une source purement doctrinale. Le droit romain était une source positive de droit, non seulement dans les pays de droit écrit où il formait le fondement même de la législation, mais même dans les pays de coutume, où il complétait la législation coutumière où il était de toute façon l'instrument le plus autorisé de l'interprète.

En outre, l'état économique et social de l'ancienne France était bien différent de celui d'aujourd'hui.

Pour toutes ces raisons nous ne croyons pas que l'on puisse invoquer l'autorité de la tradition pour valider la clause dispensant le créancier de s'adresser au juge pour faire vendre le gage. D'ailleurs, s'il fallait suivre ces anciens errements, on devrait aller bien plus loin dans la voie de la liberté laissée aux parties, car le *droit romain, comme l'ancien droit, permettaient comme nous l'avons montré, non seulement une vente privée, mais une vente amiable*. Ce n'est pas seulement l'intervention du juge qui pouvait être écartée, mais aussi les formalités des ventes publiques. Or, les auteurs qui invoquent la tradition, ne vont pas jusqu'à soutenir la validité d'une clause qui permettrait la vente amiable du gage.

L'argument tiré de la tradition prouve trop.

Tel est l'avis de Laurent qui, à propos de notre problème, s'exprime ainsi : « *Si l'on consultait le code avant de consulter la tradition !* Celle-ci est abrogée, ce n'est plus que de l'histoire. La question s'est présentée devant la Cour de Liège : l'organe du ministère public, M. Beltjens, un de nos meilleurs jurisconsultes, s'exprima en termes assez sévères sur l'interprétation que les auteurs donnaient à l'art. 2078 ; il faut croire, dit-il, que Merlin n'avait pas le texte sous les yeux quand il a affirmé que la loi permettait de stipuler que le créancier pourrait faire vendre le gage ; la loi dit bien formellement le contraire. Quant à Troplong, il trouve bon de scinder la loi ; il l'applique en ce qui concerne la nécessité de vendre aux enchères, il ne l'applique pas en ce qui concerne la nécessité de l'autorisation de justice. Qui l'autorise à scinder la loi, ce qui aboutit à légitimer ce que la loi défend ? (31).

B. — *Un deuxième argument* est invoqué pour les auteurs qui soutiennent la validité de notre clause.

Il consiste à dire que parmi les formalités indiquées par l'art. 2078, seule l'expertise ou la vente aux enchères sont irremplaçables. C'est en effet dans ces formalités, dit Troplong, (op. cit. 403), et non dans l'intervention du juge qu'est ici la garantie. Ce que les parties ont convenu de faire, le juge aurait été obligé de le faire à leur place. Tel est également l'avis de Pont (32) : la protection du débiteur est moins dans l'intervention de la justice pour ordonner cette vente qu'elle ne peut pas refuser dès qu'elle lui est

(31) *F. Laurent*, Principes de droit civil, 3^e édit. 1878, tome xxviii n° 518.

(32) *Op. cit.* n° 1150.

demandée, que dans le mode d'exécution ; et dès qu'en toute hypothèse la vente devra être faite à la chaleur des enchères, avec l'observation des formes déterminées par la loi, les intérêts du débiteur se trouvent suffisamment protégés (33).

Ce raisonnement est éronné, croyons-nous. L'intervention de la justice est une garantie de premier ordre pour le débiteur. Sans doute, le juge ne pourra-t-il pas refuser d'ordonner la vente ou l'attribution de propriété, selon que le créancier aura opté pour l'un ou l'autre de ces modes d'exécution, mais, contrairement à ce que pensent ces auteurs, le rôle du juge n'est pas réduit à celui d'un automate. Il a cette faculté, précieuse entre toutes, d'accorder au débiteur des délais de grâce. Cette faculté reçoit en temps de crise économique la valeur d'une véritable institution (34).

Si nous ajoutons à cela les considérations d'ordre social et économique qui nous ont montré que les débiteurs qui font appel au crédit sur gage mobilier sont des humbles personnages (en dehors de la matière commerciale), nous comprendrons encore mieux tout le prix que la loi attache à cette bienfaisante intervention de la justice.

Laurent (35), Baudry-Lacantinerie et de Loynes (36), soulignent la valeur de cette intervention de justice par rapport à la possibilité d'accorder des délais de grâce.

On comprend alors que la nécessité de s'adresser à la justice existe alors même que le créancier est pourvu d'un titre exécutoire. L'art. 2078 a entendu accorder au

(33) V. également *Guillouard*, *Traité du Nantiss.*, n° 169.

(34) V. *supra*.

(35) *Op. cit.*, n° 518.

(36) *Op. cit.*, n° 131 et 132.

débiteur une garantie particulière dont il ne peut être privé en raison de la forme que revêt le titre (37).

* * *

Nous avons supposé jusqu'ici que le gage a pour objet un meuble corporel. Mais les mêmes solutions s'appliquent lorsqu'il est constitué par un titre au porteur. Nous savons en effet, que la créance constatée par un titre au porteur s'identifie avec l'*instrumentum*.

La jurisprudence ne distingue donc pas. Elle demande l'intervention de la justice, qu'il s'agisse de faire vendre une chose mobilière ou un titre au porteur. Les principaux arrêts ont été d'ailleurs rendus à propos de la clause de liquidation que nous avons déjà rencontrée en étudiant le pacte commissoire.

En effet, le vendeur d'une valeur à lots avec constitution de gage, peut, au lieu de stipuler qu'au cas de non-paiement le gage lui appartiendra en pleine propriété, stipuler au contraire qu'il aura le droit de faire vendre le titre en Bourse si l'acheteur néglige d'acquitter sa dette au terme convenu.

Or, cette combinaison a été annulée par la jurisprudence, sous prétexte que le créancier gagiste avait stipulé la faculté de vendre le titre sans autorisation du juge.

Il en a été ainsi décidé par un arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 1894 (38). Même solution dans un arrêt du 4 mars 1902 (39).

(37) Cf. *Baudry-Lacantinerie et de Loynes*, op. cit., n° 132, in fine ; *Planiol*, II, n° 2448.

(38) S. 94. 1. 393.

(39) S. 1905. 1. 495.

« Attendu que le jugement attaqué a, par l'application de la convention susénoncée, validé la vente faite en Bourse par le Comptoir général de crédit, *quoique non autorisé par justice*, qu'il s'est fondé sur ce motif que la vente avait été résiliée ; Mais attendu qu'il appartient à la Cour de cassation de déterminer le caractère légal des conventions quels qu'en soient les termes ; que, dans l'espèce, la vente n'était pas résiliée et ne pouvait pas l'être, puisque la revente devait avoir lieu et a eu lieu pour le compte de l'acheteur, et que les parties, au lieu d'être remises en l'état où elles se trouvaient avant le contrat, comme l'exige l'art. 1184, C. civ., étaient, au contraire, obligées de se tenir réciproquement compte de la différence entre le prix de la vente primitive et celui de la revente en Bourse ; qu'ainsi la vente primitive continuait de produire tous ses effets ; Attendu, dès lors que la clause par laquelle le vendeur s'est réservé la détention du titre vendu et la faculté de le vendre en Bourse, en cas de non-paiement intégral du prix, *n'a pu être qu'une constitution de gage et que la réalisation dudit gage par le créancier ne pouvait s'opérer qu'avec autorisation de justice*, aux termes de l'art. 2078 susvisé ; Qu'en décidant le contraire, le jugement attaqué a violé l'article de loi invoqué par le pourvoi ; Par ces motifs. casse...

Telle est la solution adoptée par la Cour de cassation (40).

De même, dans l'arrêt rendu par la Chambre civile le 4 mars 1902, la Cour de cassation s'exprime :

« ...Attendu que, de ces constatations et de cette condamnation il résulte que ledit jugement a fait produire effet à une convention par laquelle le débiteur autorisait

(40) Ch. civ. 4 juin 1894. - D. 1894. 1. 555.

ses créanciers à s'approprier le gage ou à en disposer *sans en avoir fait ordonner par justice*, soit l'estimation, soit la réalisation ; qu'en statuant ainsi, il a violé l'article susvisé ; Par ces motifs, casse... » (41).

* * *

Lorsque l'objet donné en gage est une créance, peut-on convenir que le créancier gagiste aura le droit de vendre la créance, ou plus simplement, d'en toucher le montant, s'il n'est pas payé à l'échéance, sans remplir les formalités de l'article 2078 ?

Les opinions sont partagées, tant en doctrine, qu'en jurisprudence.

Certains auteurs pensent que cette clause qui autoriserait le créancier gagiste d'une créance à en disposer sans remplir les conditions prévues par l'art. 2078 pour la réalisation du gage mobilier, devrait être interdite, parce qu'elle équivaldrait à l'appropriation privée du gage, appropriation prohibée par l'art. 2078.

Laurent, par exemple, (42) reprend la distinction faite par le code civil dans son art. 2081, entre le droit de disposer des intérêts de la créance donnée en gage, et celui de disposer du montant même de la créance. Tandis qu'il explique et justifie l'approbation des intérêts de la créance, il considère contraire à la disposition prohibitive de l'art. 2078 et dangereuse pour le débiteur l'appropriation que ferait le

(41) D. P. 1903. 1. 215 - S. 1905. 1. 495.

(42) Principes de Droit Civil, 3^e édition, 1878, tome 28, p. 493, n^o 499.

créancier du montant de la créance qui lui a été donnée en gage.

« Le principe qui défend au créancier gagiste d'user de la chose reçoit exception quand la chose donnée en gage est une créance portant intérêt ; le créancier doit, dans ce cas, imputer ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus ou sur le capital. Cette obligation implique le droit, pour le créancier, *de toucher les intérêts*. Pourquoi la loi lui accorde-t-elle ce droit, quoiqu'il ne soit qu'un simple dépositaire ? Celui qui donne une créance en gage conserve le droit d'agir contre le débiteur, puisqu'il reste propriétaire de la créance (art. 2079) ; mais ce droit d'agir est entravé par le gage ; si le débiteur refusait de payer les intérêts, le demandeur serait dans l'impossibilité de l'y contraindre, puisqu'il ne peut pas prouver son droit, le titre de sa créance étant dans les mains du gagiste. *Il devrait donc mettre celui-ci en cause aussi souvent qu'il s'agit de réclamer les intérêts*. Le législateur a pensé qu'il était plus simple d'autoriser le gagiste à exiger le paiement des intérêts ; le débiteur de la créance engagée n'a pas à s'en plaindre, puisqu'il est libéré ; et le créancier qui a mis sa créance en gage y trouve un grand avantage, puisqu'il est à l'abri de la courte prescription que la loi établit pour les intérêts (art. 2277). La perception des intérêts par le créancier gagiste profite encore à celui qui a donné le gage, puisqu'elle le libère partiellement. En effet, la loi veut que ces intérêts soient imputés, d'abord sur ceux qui peuvent être dus au gagiste ; et si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage ne porte point elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette. Régulièrement, le créancier gagiste, touchant des intérêts qui appartiennent au débiteur, devrait les lui remettre, mais cette dette étant d'une chose

fongible, elle se compense avec la créance également fongible du gagiste. Tel est le sens et l'effet de l'imputation dont parle l'art. 2081.

La loi ne donne pas au créancier gagiste le droit de toucher le capital de la dette ; il n'y avait pas les mêmes raisons que pour les intérêts, qui se perçoivent périodiquement jusqu'à ce que la dette soit éteinte. Régulièrement, le capital se paye en une fois, puisque le débiteur ne peut pas faire de paiement partiel. Et il convient que ce paiement se fasse entre les mains de celui qui a donné la créance en nantissement ; en effet, il est de principe que le créancier ne peut pas s'approprier le gage (art. 2078) ; or, il aurait un moyen indirect de se l'approprier, à titre de compensation, s'il pouvait toucher le capital. De là pourraient résulter des abus, que le législateur a voulu prévenir en défendant au créancier de s'approprier le gage ».

Il a été jugé dans le même sens par la Cour de Bourges, dans son arrêt du 5 juin 1852 (43), que la clause du contrat de nantissement qui autorise le détenteur du gage à poursuivre le remboursement des sommes échues, au fur et à mesure des échéances, tant en capital qu'en intérêts, *était nulle*, puisqu'elle avait pour résultat de conférer la propriété du gage au créancier, ce qui est contraire à la disposition prohibitive de l'art. 2078.

« ...Considérant, quant aux créanciers nantis de la créance donnée en gage, *qu'ils n'en sont pas propriétaires*, et que le titre de la créance n'est qu'un dépôt entre leurs mains pour la conservation de leur privilège ; qu'ils ne peuvent ni disposer de la créance, ni mettre le titre à

(43) D. 54. 2. 125, Journal du Palais, 1852. 2. 389,

exécution quant au capital ;— Qu'à la vérité les actes constitutifs du nantissement autorisent les détenteurs du gage à poursuivre le remboursement des sommes échues au fur et à mesure des échéances, tant en capital qu'en intérêts ; mais que cette clause, qui aurait pour effet de conférer la propriété du gage aux créanciers, est contraire à la nature du contrat de nantissement, et, comme telle, frappée de nullité par l'art. 2078 C. Nap.

Mais considérant qu'aux termes de droit, lorsque la créance donnée en gage produit des intérêts, le créancier a le droit de les percevoir, et par conséquent d'en poursuivre le recouvrement ; que les intérêts sont des fruits civils attribués au détenteur du gage comme les fruits d'un immeuble appartiennent au créancier qui l'a reçu en antichrèse ;

D'où il suit que les poursuites sont valables quant aux intérêts échus ; ...Par ces motifs ; ...DIT mal jugé par le jugement dont est appel ; émendant, DÉCLARE valables les diverses poursuites dirigées par Delaveau et autres, mais seulement quant aux intérêts échus de la créance donnée en gage ; CONDAMNE les frères Thibault solidairement au payement des dits intérêts... »

La Chambre des Requêtes s'est prononcé indirectement dans le même sens, dans son arrêt du 21 mai 1855 (44).

Il s'agissait dans l'espèce d'un créancier auquel une créance avait été donnée en nantissement mais qui, par la suite, s'était rendu aussi cessionnaire de cette créance. La Cour lui reconnut le droit de disposer de la créance, *mais non pas en vertu de sa qualité de créancier gagiste, mais*

(44) D. 1885. 1. 279,

en vertu de sa qualité de cessionnaire de cette même créance, décidant en même temps que la vente actuelle et non plus conditionnelle — comme dans le pacte commissaire — que le débiteur ferait au créancier soit avant, soit après l'échéance de la dette, de l'objet donné en gage est valable et n'enfreint pas la prohibition de l'art. 2078 C. civ.

La Chambre des Requêtes décida encore, dans son arrêt du 10 mai 1898 (45) que celui qui cède à un tiers une créance dont il n'avait pas la propriété et qui lui avait été remise seulement à titre de gage, vend la chose d'autrui et *contrevient ainsi aux prescriptions des art. 2078 et 2079 du Code civil*.

* * *

Mais on peut se demander si ces solutions sont justifiées. Le Code civil a réglementé d'une façon spéciale le gage des créances : « S'il s'agit d'une créance donnée en gage, dit l'art. 2081, et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus.

Si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage, ne porte point elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette ».

Il résulte de cet article que le créancier peut toucher directement les intérêts de la créance et se les attribuer en paiement des intérêts et même du capital de sa propre créance, et cela sans demander la permission de justice.

Il est vrai que la loi limite l'exercice de ce droit aux

(45) D. 98. 1. 387.

intérêts de la créance engagée, mais elle n'ajoute pas comme le fait l'art. 2078, que toute convention contraire est nulle.

Il n'y a pas, d'ailleurs, d'inconvénient à permettre cette clause, puisque le créancier gagiste ne pourra jamais obtenir plus que ce qui lui est dû.

En effet, le créancier gagiste ne devient pas en réalité propriétaire de la créance. Il reçoit un simple *mandat* de poursuivre le débiteur et à ce titre il doit rendre compte. La convention ne présente donc pas de danger pour le débiteur (46).

Telle est, d'ailleurs, la solution consacrée par la Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 mars 1910 (47).

Voici quelle était l'espèce :

Les époux Pfender étaient débiteurs de M. Steinlin. Celui-ci, ayant fait un emprunt de 80.000 fr. à M. Labarre, a, par l'acte d'emprunt *à titre de garantie, cédé, délégué et transporté au prêteur pareille somme à prendre par préférence et autorité sur la somme qui lui était due par les époux Pfender avec faculté, en cas de non-paiement à l'échéance, de toucher et recevoir sur simples quittances la somme de 80.000 francs, présentement transportée avec tous intérêts et accessoires.*

Les époux Pfender ont plaidé devant les premiers juges que cette clause valait transport de la propriété

(46) Cf. *Baudry-Lacantinerie*, op. cit., n° 98 ; de même *Planiol et Ripert*, t. 12, n° 117, estiment que la clause qui conférerait au créancier le droit de toucher la créance est valable.

(47) S. 1913. 1. 545,

même de la créance, et le tribunal de première instance avait admis cette interprétation ; mais la Cour de Paris a jugé que ladite clause impliquait seulement délégation imparfaite et transfert en garantie, sans novation. Ce point tranché, il s'agissait uniquement de savoir si la délégation en garantie avait laissé subsister le droit du délégant, ou de ses ayants cause, de poursuivre le payement de la créance engagée, et de procéder, à cet effet, à la saisie immobilière des biens du débiteur. Le délégant ayant été déclaré en faillite, quelques jours avant sa mort, c'est le syndic de la faillite qui exerçait des poursuites.

Il y a lieu de remarquer en outre que, bien loin de s'y opposer, le créancier gagiste avait remis au syndic le titre notarié de la créance litigieuse, qu'il détenait en vertu de son gage. Ce sont les époux Pfender qui, usant d'un moyen dilatoire, contestaient la validité de la saisie.

Toute la difficulté consistait donc à rechercher si l'acte constitutif de gage avait dépouillé le constituant du droit de poursuivre ses débiteurs.

Mais, sur cette question d'interprétation, on avait greffé une question de droit : *on s'était demandé si l'acte de nantissement avait pu autoriser le créancier gagiste à toucher directement le capital pour se payer de sa créance.*

... Si la clause est nulle, il n'est pas besoin d'interpréter la volonté des parties, de déterminer l'étendue des droits cédés, car, de par l'autorité de la loi, le cédant a conservé le droit exclusif de toucher le capital de la créance.

... Et la Cour a décidé que, la créance étant restée la propriété du constituant, parce que, l'acte litigieux n'impliquait pas une délégation parfaite, une novation, mais seulement la faculté de recevoir le montant de la créance

engagée, le constituant était resté propriétaire de la créance et avait droit d'exercer des poursuites par l'intermédiaire des syndics de la faillite.

Mais ce raisonnement paraît bien conçu *dans le sens de la validité de la clause permettant au créancier gagiste de poursuivre le paiement de la créance donnée en gage*. Si, en effet, la Cour avait considéré cette clause comme nulle, elle n'aurait pas eu besoin, pour reconnaître le droit persistant du constituant, de rechercher si la convention avait laissé subsister au profit du constituant le droit de poursuite personnelle, puisque, *la convention étant nulle, ce droit ne pouvait être mis en discussion*.

Si cette interprétation est exacte, l'arrêt ci-dessus vient donc limiter l'effet de la jurisprudence antérieure aux seuls meubles ou titres au porteur, en permettant de stipuler au profit du créancier gagiste *d'une créance* la faculté d'être payé directement, et, à défaut, d'exercer des poursuites.

Telle est l'argumentation exposée par M. Naquet dans la note qui accompagne l'arrêt sus-cité.

* * *

Dans cette note M. Naquet voudrait d'ailleurs voir étendre le régime du gage des créances au gage constitué par des titres au porteur.

« Ce sont en effet toujours des créances, dit-il, et c'est pousser bien loin l'idée d'incorporation du droit au titre, que d'interdire sans bonne raison, pour les titres au porteur la clause permettant au créancier de s'approprier le titre au cours de la Bourse ».

Sans bonne raison ! En est-on bien sur ?

On ne peut pas assimiler un titre de Bourse à une

créance ordinaire. Un titre de Bourse est un élément du patrimoine que le propriétaire peut *avoir intérêt à conserver*. On ne doit donc pas le priver de l'intervention de la justice qui par la possibilité d'accorder des délais de grâce lui permettrait peut-être de sauver ces éléments de son patrimoine.

Il en est tout autrement pour une créance ordinaire. Une fois arrivée à l'échéance, l'intérêt du créancier est d'en obtenir le paiement. Il n'y a donc aucun intérêt à interdire la clause en vertu de laquelle le gagiste procédera lui-même à la liquidation.

* * *

En conclusion sur ce premier problème de la nécessité de l'intervention du juge pour autoriser la vente du gage, notre opinion est que cette autorisation est indispensable. Non seulement les termes mêmes de l'art. 2078 commandent impérieusement cette solution, mais cette disposition législative se trouve justifiée par la nécessité de protéger cette catégorie de débiteurs.

* * *

Nous ne nous arrêterons pas aux arguments d'après lesquels la nullité de notre clause porterait atteinte au principe de la liberté des conventions ou à l'intégrité du droit de propriété. Car justement en notre matière le législateur a apporté une exception à la règle de l'autonomie de la volonté. Cette règle n'a pas la valeur d'un dogme abstrait. Il faut, nous l'avons dit, que la liberté des conventions se réalise dans un cadre social et économique supposant une volonté relativement libre.

La preuve du bien-fondé de cette observation se trouve

dans le fait que toutes les fois que, par des considérations tirées soit de la personne du débiteur, soit de celle du créancier, la protection du débiteur s'avère moins pressante, l'intervention de la justice est écartée.

1° *Par des considérations tirées de la personne du débiteur* : en matière commerciale.

2° *Par des considérations tirées de la personne du créancier* : dans une série d'hypothèses spéciales où il n'y a pas de raison de craindre « l'exploitation de la misère par la cupidité », le créancier présentant toutes garanties de moralité : lorsque le gage est constitué au profit d'établissements publics, tels que les Monts-de-Piété, ou privés, tels que la Banque de France.

* * *

1° En effet, *lorsque le débiteur est commerçant*, l'aspect économique et social du contrat de gage n'est plus du tout le même qu'en matière civile. Le gage joue en matière commerciale un rôle important.

« Il fait la sûreté du commerce de commission ; dans les affaires de banque, si les capitaux d'une place viennent au secours d'une autre place, c'est par les consignations que le crédit sollicité et garanti se décide à faire les avances de numéraire qui entretiennent la vie commerciale et le mouvement régulier des transactions » (48).

Ceci étant, le débiteur est mieux à même de défendre ses intérêts.

En outre, le commerce exige une exécution scrupuleuse des engagements. Les délais de grâce y fonctionnent

(48) *Troplong*, op. cit. préface, p. IV,

sur une échelle restreinte. Il y a des matières où il est totalement supprimé : le droit cambiaire.

Ceci étant, l'intervention de la justice ne se justifie plus. Aussi *une loi du 23 mai 1863 l'a-t-elle supprimée* (49).

(49) Nous rappelons que cette *loi du 23 mai 1863* est venue mettre fin à la controverse qui portait sur le point de savoir si les dispositions des art. 2074, 2075 et 2078 C. civ., sur la validité et la réalisation du nantissement, étaient applicables en matière commerciale.

Un premier système, tant en doctrine qu'en jurisprudence, soutenait la négative, en se basant sur les disp. de l'art. 2084 C. civ., qui renvoie à la loi commerciale pour les règles concernant le nantissement commercial.

Mais la jurisprudence de la majorité des cours d'appel et de la chambre civile de la cour de cassation repoussait cette doctrine, sur le motif que si l'art. 2084 renvoie à la loi commerciale, on ne trouve dans le Code de comm., publié postérieurement au Code civ., aucune disposition qui excepte le nantissement comm. des règles du droit commun.

V. pour le premier système, l'arrêt de la chambre des requêtes du 2 déc. 1861, S. 1863. 1. 153, qui décida « qu'il ne pouvait s'agir de l'art. 2078, dont la disposition est exclusivement applicable aux matières civiles ; que des dispositions différentes sont contenues (?) dans l'art. 2084, qui déclare expressément que les dispositions de l'art. 2078 ne s'appliquent pas aux matières commerciales ; Qu'ainsi l'arrêt attaqué n' a pu violer une disposition qui ne devait recevoir aucune application dans la cause..., rejette, etc. ».

V. pour le deuxième système : Cass. 1860 S. 19 juin 1860. -1. 689 ;

La vente publique a lieu huit jours francs après la signification par exploit d'huissier faite au débiteur.

Cette loi n'est que la généralisation de l'art. 7 de la loi du 8 mai 1858 sur les négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux. D'après cette dernière loi, le porteur du warrant séparé du récépissé a le droit, à défaut de paiement à l'échéance, de faire procéder à la vente de la marchandise engagée, huit jours après le protêt, et *sans aucune formalité de justice*.

2° De même, *lorsque le créancier n'est pas suspect de vouloir exploiter la misère du débiteur*, l'intervention du juge peut être écartée. Il en est ainsi dans une série de cas où le créancier présente toutes les qualités de moralité voulues.

Une série de lois particulières ont écarté la nécessité de s'adresser à la justice :

a) *La législation concernant les prêts consentis par des établissements de crédit municipal* (50) dispose que le gage sera vendu sans aucune intervention de justice, sans même que l'emprunteur soit mis personnellement en demeure de se libérer, si à l'expiration du terme fixé par la reconnaissance, le prêt n'est pas remboursé.

On comprend facilement cette disposition, ces établissements ne faisant pas des opérations de spéculation.

b) De même la *Banque de France*, qui est autorisée à

Amiens, 2 mars 1861 S. 1861. 2. 158 ; Rouen, 24 janvier 1861 S. 1861. 2. 207.

(50) Loi du 16 pluviôse an XII ; D. 24 messidor an XII ; D. 8 thermidor an XIII ; art. 46 et s., 57-60.

faire des avances sur certaines valeurs mobilières, peut procéder à la réalisation du gage par une procédure extrêmement simplifiée. Sans aucune mise en demeure, la Banque de France a le droit, à défaut de remboursement à l'échéance, de faire vendre en Bourse, dès le lendemain de l'échéance, tout ou parties des titres gagés (51).

c) De même le *Crédit foncier* peut consentir des avances sur ses propres obligations dans les mêmes conditions que la Banque de France est autorisée à faire des prêts sur valeurs mobilières (52).

* * *

En dehors de ces hypothèses exceptionnelles, qui se justifient par les raisons que nous avons indiquées, l'intervention de la justice pour autoriser la vente du gage est indispensable.

Le juge compétent pour accorder cette autorisation est le tribunal civil.

L'art 2078 C. civ. est attributif de juridiction : l'action doit être portée devant le tribunal. En principe donc, *le juge des référés est incompétent* pour faire ordonner la vente aux enchères ou l'attribution du gage à dire d'experts. Un arrêt de la Cour de Paris, du 3 octobre 1839 (53) s'exprime en ces termes : «..Considérant qu'en matière de gage, et lorsqu'il s'agit soit d'en autoriser la remise entre les mains du créancier, soit d'en faire ordonner la vente, l'art. 2078 est attributif de juridiction, et que l'action doit être portée devant le tribunal ».

(51) Ordonn. 15 juin 1834.

(52) Loi 19 juin 1857, art. 2 et 3.

(53) D. 40. 2. 6.

Mais les parties pourraient-elles, par convention, attribuer au juge des référés cette compétence ?

L'incompétence du juge des référés pour statuer en notre matière n'est pas absolue et les arrêts lui reconnaissent cette compétence chaque fois que la condition d'urgence posée par l'art. 806 du Code de proc. civ. se retrouve.

« D'une manière générale, disent les arrêts (54), le juge des référés est compétent toutes les fois qu'il y a urgence ».

C'est dans ce sens que s'est prononcée aussi la Cour de Paris, dans son arrêt du 3 octobre 1839, précité, infirmant l'ordonnance du président du tribunal de la Seine qui ordonna la vente du gage, parce que « dans l'espèce il n'y avait point urgence (55).

En outre, dans un autre arrêt, la même Cour reconnaît que « ... le juge des référés a compétence pour régler le mode de vente dans l'intérêt commun de toutes les parties, *lorsqu'il n'existe aucune contradiction sur la nécessité de la vente des objets donnés en nantissement* (56).

Dans ces conditions exceptionnelles seulement, les tribunaux valident les clauses par lesquelles les parties attribuent au président du tribunal civil la compétence de régler le mode de vente des objets donnés en gage, de nommer l'expert et l'officier ministériel qui procédera à leur réalisation.

(54) V. Req. 3 décembre 1900, D. P. 1900. 1. 584 ; Angers, 24 février 1904, D. P. 1906. 2. 126.

(55) D. 40. 2. 6.

(56) Paris, 28 décembre 1909, S. 1910. 2. 169.

* * *

Dans ces hypothèses spéciales, la compétence pour faire procéder à la réalisation du gage appartient au *juge de paix*. Il s'agit de la vente des objets abandonnés ou laissés en gage :

1° Par les voyageurs *chez les aubergistes ou hôteliers* (57).

2° *Chez les ouvriers et industriels* (58).

La marche générale de la procédure instituée par ces deux lois est la même. Une requête est présentée au juge de paix, qui autorise la vente par ordonnance et commet un officier public pour y procéder. La loi de 1896 n'exige pas que le juge de paix entende le propriétaire des objets ; d'après la loi de 1903, le propriétaire doit être entendu ou appelé, mais il peut en être autrement ordonné. Lorsque le propriétaire des objets à vendre n'a pas été entendu, il est averti de la vente huit jours d'avance, par lettre recommandée de l'officier public, et peut faire opposition à celle-ci ; le juge de paix statue sur l'opposition (59).

(57) Loi du 31 mars 1896, qui dans son art. 2 dispose : «Le dépositaire pourra présenter *au juge de paix* du canton où les effets mobiliers ont été laissés en gage ou abandonnés une requête qui énoncera les faits, désignera les objets et leur valeur approximative.

L'ordonnance du juge, mise au bas de la requête, fixera le jour, l'heure, le lieu de la vente, qui ne pourra être faite que six mois après le départ constaté du voyageur ».

(58) Loi du 31 décembre 1903, qui contient une disposition analogue dans son art. 2).

(59) V. *Glasson, René Morel et Albert Tissier*. Traité théorique et pratique de procédure civile, 3^e édit., t. 4, n° 1029, p. 83.

CHAPITRE II

LA MISE EN CAUSE DU DEBITEUR, L'EXPERTISE ET
LA VENTE AUX ENCHERES SONT-ELLES
EGALEMENT OBLIGATOIRES ?

1° *La mise en cause du débiteur est-elle indispensable ?*

Nous savons que la mise en cause du débiteur, bien que ne figurant pas dans la loi, est considérée par la doctrine et la jurisprudence comme une formalité nécessaire dans la procédure de réalisation du gage.

C'est le seul moyen pour le débiteur de faire valoir les différents moyens de défense, comme l'extinction de la dette, délais de grâce, etc. Il faut donc qu'il soit appelé dans l'instance par une assignation régulière.

En matière commerciale, où l'autorisation de justice n'est pas exigée, une simple signification suffit (art. 93 C. comm.).

Toutefois, il a été jugé que cette signification n'est pas nécessaire lorsque le débiteur avait *en fait* connaissance des intentions de son créancier et que, par ailleurs, il y avait urgence à procéder à la liquidation du gage.

Il en a été ainsi jugé par la Chambre des Requêtes

le 6 avril 1927 (1). ...« Sur le troisième moyen pris, de la violation de l'art. 93 C. comm., en ce que l'arrêt attaqué a considéré comme recevable la demande formée par de Neufelize et C^{ie} en qualité de créanciers gagistes, alors qu'ils n'avaient pas appelé le débiteur. Mais attendu qu'il résulte des qualités et du dispositif de l'arrêt attaqué que les parties s'étaient mises d'accord pour, en raison de la détérioration des bois, faire procéder à leur réalisation au compte de qui il appartiendra, sous réserve des droits de chacun ; — Attendu que *la connaissance* que, d'après le pourvoi, Giesecke a eu ainsi de l'opération en cours, *rendait inutile la signification* qui devait lui être faite en vertu de l'article 93 C. comm. ; — D'où il suit que le grief formulé par les trois moyens n'est pas fondé ; — Rejette, etc. ».

* * *

2° *L'expertise ou la vente publique peuvent-elles être écartées ?*

A. — *L'expertise.*

Si le créancier conclut à ce que le gage lui soit attribué, il ne le conservera que jusqu'à due concurrence. Il faut donc procéder à une estimation par experts (art. 2078 C. civ.). Cette expertise est *obligatoire pour les parties, non pour le juge.*

En effet, les parties ne pourraient pas, par une clause spéciale, écarter l'obligation de procéder à une expertise. Ce serait tomber sous le coup de l'interdiction du pacte commissaire.

(1) S. 1928. 1. 59.

Par contre, l'expertise n'est pas obligatoire pour le juge. Elle n'est pour lui qu'un simple moyen d'instruction auquel il n'aura recours que si dans les circonstances de la cause il ne trouve pas les éléments suffisants pour fixer la valeur de la chose.

Il en est ainsi notamment lorsque les objets donnés en gage sont des effets publics ou généralement des titres négociables en Bourse. La Chambre civile l'a formellement déclaré dans un arrêt du 1^{er} juillet 1856 (2) : « Attendu que si l'estimation des valeurs abandonnées a été fixée *par le tribunal lui-même et non par des experts*, cette circonstance n'est pas de nature à invalider la transmission qui en a été faite ; — qu'il s'agissait, en effet, d'actions négociables à la Bourse, et dont la valeur attestée par une cote publique et officielle fournissait ainsi au juge, indépendamment d'une expertise distincte et spéciale, tous les éléments d'une juste estimation ; — Attendu, d'ailleurs, que cette estimation était dans la souveraineté de son droit, puisque, sauf les cas où il en est autrement ordonné par une disposition spéciale de la loi, rien n'oblige le juge dont la conscience est suffisamment éclairée, de recourir à une expertise préalable ou toute autre mesure d'instruction ; — Attendu qu'il n'est apporté aucune dérogation à ce principe par l'art. 2078 Cod. Nap., qui dispose, au contraire, dans les termes du droit commun ; — Qu'on ne saurait admettre, en effet, que le jugement qui règle, d'après cet article, les divers modes de disposition du gage au profit du créancier, doive être considéré comme purement et simplement *homologatif de l'estimation proposée par les experts* ;... »

(2) S. 56. 1. 785.

Même solution : Cass. Req. 4 avril 1866 (3)

B. — *La vente aux enchères.*

Cette formalité est essentielle.

« La protection du débiteur est moins dans l'intervention de la justice pour ordonner cette vente, qu'elle ne peut pas refuser dès qu'elle lui est demandée, que dans le mode d'exécution ; et dès qu'en toute hypothèse la vente devra être faite à la chaleur des enchères avec l'observation des formes déterminées par la loi, les intérêts du débiteur se trouvent suffisamment protégés » (4).

En conséquence, toute clause permettant la vente amiable est nulle. La vente aux enchères est une garantie pour le débiteur (5).

Néanmoins, le droit de disposer de l'objet du gage sans respecter les formalités de l'art. 2078 a été reconnu par la jurisprudence dans des cas où il y avait urgence. On a considéré dans ces cas que le gagiste pouvait consentir à une vente amiable ou à une transaction. La validité de cette opération s'explique juridiquement par la notion de *gestion d'affaires*. Le créancier gagiste ayant agi non seulement dans son propre intérêt, mais aussi dans l'intérêt des autres créanciers et du débiteur, a fait un acte de gestion utile.

Voilà, par exemple, une espèce très intéressante sur laquelle s'est prononcée la Chambre des Requêtes dans

(3) S. 66. 1. 433.

(4) *Pont*. Petits Contrats, n° 1150.

(5) Cf. Civ. 4 mars 1902. S. 1905. 1. 495,

son arrêt du 19 mars 1867 (6) : « ... Attendu, en fait, que le cardinal de Rohan, auquel Robert Caron avait cédé, jusqu'à concurrence de 192.000 liv., une quotité annuelle déterminée des arrérages que devaient produire diverses rentes viagères constituées au profit dudit Robert Caron par le prince et par la princesse de Guéménée, a lui-même transporté sur cette créance à Sanson une somme de 150.000 francs à titre de gage et de nantissement pour sûreté d'une obligation de pareille somme par lui contractée au profit de ce dernier ; que, le 24 avril 1792, il est intervenu entre les créanciers unis du prince et de la princesse de Guéménée et les créanciers unis de Robert Caron un traité aux termes duquel l'union Guéménée a racheté toutes les rentes viagères constituées au profit de Robert Caron, moyennant un capital de 630.000 francs et sous la condition de rapporter l'adhésion de ceux auxquels partie des arrérages des rentes viagères rachetées aurait été cédée ; — Que, par suite, et en l'absence du cardinal, émigré, mais avant la promulgation des lois qui ont frappé les émigrés de mort civile, Sanson, mis en demeure d'accepter à ce traité, a déclaré au mois d'octobre 1792 l'accepter tant pour lui que pour le cardinal de Rohan, en alléguant une convention passée avec le fondé de pouvoir de celui-ci ; — Attendu que l'arrêt attaqué, indépendamment de ce qu'il regarde comme suffisamment établis l'intervention et le consentement du cardinal, constate, en fait, que par l'adhésion qu'il a donnée au traité passé entre les deux unions, Sanson a *sauvé* ce qui pouvait être sauvé d'une créance sérieusement compromise, et qu'en

(6) S. 1867. 1. 220,

admettant même qu'il n'eût pas été autorisé par le cardinal, *il avait bien administré l'affaire* dans laquelle il était personnellement engagé et qu'il avait agi pour le mieux des intérêts communs.

Attendu qu'il n'importe pas, dès lors, de rechercher si l'existence du mandat allégué était juridiquement établie, ni quels auraient pu être, relativement à sa valeur au mois d'octobre 1792, les effets de lois rendues à cette époque sur les conséquences de l'émigration ; que, dans les circonstances qui viennent d'être analysées, il suffit qu'il soit jugé en fait que l'adhésion au traité de 1792 *était impérieusement commandée par les intérêts du cardinal de Rohan et qu'elle a fait sa condition meilleure*, pour que le cardinal, garant envers Sanson de l'existence et du recouvrement de la créance de 192.000 liv., ne pût pas être admis à se plaindre d'un acte de gestion d'affaires dont il avait profité et qui avait dû être consommé en son absence dans des circonstances qui le rendaient *urgent et nécessaire*.

* * *

Dans un autre cas, la vente amiable a été reconnue possible par la Cour de Paris dans un arrêt du 11 août 1898 (7). En l'espèce l'objet était déjà entre les mains d'un séquestre désigné par la justice.

Sauf ces cas exceptionnels, le créancier gagiste est obligé de procéder à une vente publique.

(7) S. 1900. 1. 30, sous cassation.

Mais, il ne faut pas perdre de vue que *le débiteur* conserve le droit de vendre l'objet nanti à l'amiable. La constitution du gage ne lui a pas enlevé le droit d'en disposer comme bon lui semble.

Pouvant effectuer la vente à l'amiable, il peut aussi donner à un tiers ou au créancier gagiste lui-même mandat de la consentir en son nom.

Quel obstacle pourrait-il y avoir à la validité de ce mandat ?

On ne pourrait en prononcer la nullité que sous la double condition suivante :

1° Il faut que le mandat soit irrévocable ;

2° Il faut qu'il soit conféré au moment même du prêt.

En effet, ce n'est que par la réunion de ces deux caractères que notre mandat encourrait les mêmes reproches que le pacte comissoire ou la clause de réalisation privée du gage (voie parée), prohibés par l'art. 2078 C. civ.

Car si le mandat est révocable, rien n'empêcherait le débiteur de se dégager de l'engagement pris en un moment difficile.

Si le mandat est postérieur, qu'il soit ou non révocable, sa validité est certaine, puisque le pacte comissoire lui-même est valable s'il est stipulé postérieurement au prêt.

Tout se réduit donc à la question de savoir si le mandat donné au créancier de vendre le bien à l'amiable est dans l'esprit des contractants *révocable ou non*. C'est une question de fait. Les tribunaux analyseront les circonstances de la cause pour en induire la véritable intention des parties.

La seule restriction qui résulterait du mandat donné au créancier par le débiteur de vendre l'objet constitutif du gage, serait d'interdire au créancier de s'en porter adjudicataire conformément à l'art. 1596 C. civ.

Mais il ne faut pas étendre cette règle aux hypothèses où, *en dehors de tout mandat* conféré par le débiteur au créancier, celui-ci procède *conformément à la loi à la vente du gage*.

Néanmoins, certains auteurs et certains arrêts l'ont soutenu (8).

Ils prétendent que même alors le créancier agit en tant que *mandataire du débiteur exécuté* et en concluent qu'il ne peut se porter adjudicataire de l'objet mis en vente.

Cette opinion nous semble difficile à soutenir. Le créancier gagiste qui fait vendre l'objet de son gage n'est pas plus mandataire de son débiteur que tout créancier qui fait vendre les biens de son débiteur.

C'est en son propre nom qu'il agit. Cette opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de Liège du 16 janvier 1826 (9). La Cour dit très bien que le créancier, à la différence du mandataire, est intéressé à enchérir afin de faire vendre la chose à sa véritable valeur, valeur dont il profite puisqu'il a un privilège sur le prix (10).

(8) *Pont*, op. cit., t. II, N° 1149 ; Req. 7 décembre 1852, D. 1853, 1,35.

(9) *Pasicrisie* 1826, p. 20.

(10) Dans ce sens, *Laurent*, op. cit., n° 513. V. *Infrà*, p.

la discussion de ce problème en matière immobilière.

Telles sont les différentes difficultés qui se sont élevées à propos de cette question de réalisation privée du gage.

* * *

Nous avons pu remarquer que la jurisprudence interprète assez sévèrement les règles posées par l'art. 2078 C. civ. ; l'autorisation du tribunal, la vente publique, l'estimation, sont autant de formalités auxquelles les parties ne peuvent pas se soustraire.

Voyons maintenant si les parties contractantes jouissent d'une liberté plus grande quant à la réalisation privée de l'antichrèse.

SOUS-SECTION II

DES CONVENTIONS DE REALISATION PRIVEE DE L'ANTICHRESE. — LA VOIE PAREE.

L'art. 2088 Code civil dispose, nous le savons, qu'à défaut de paiement à l'échéance, le créancier antichrésiste a le droit de poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales. Mais il n'ajoute pas, comme le fait l'art. 2078, que toute convention le dispensant de suivre ces voies légales est nulle. Ce n'est qu'en 1841, que cette disposition fut insérée dans la loi. Le nouvel article 742 du Code de procédure civile dispose que toute clause dispensant les parties de recourir aux formalités de l'expropriation sur saisie immobilière est nulle.

Il est donc incontestable qu'à l'heure actuelle les conventions destinées à écarter les règles légales pour la réalisation de l'antichrèse sont dépourvues d'effet.

Mais il est intéressant pour nous de nous demander

quelle est exactement, par rapport à l'antichrèse, la portée de l'innovation de la loi de 1841; autrement dit, n'y avait-il pas, même en l'absence de la disposition prohibitive du nouvel art. 742, dans les principes consacrés par le Code civil, les éléments suffisants d'une pareille interdiction ?

L'art. 2088 ne contient IN TERMINIS qu'une seule interdiction : celle du pacte comissoire. Ne peut-on pas assimiler à ce pacte interdit la convention par laquelle les parties, au lieu de stipuler que l'immeuble antichrèse sera attribué au créancier faute de remboursement de la dette à l'échéance, confèrent au créancier le droit de vendre l'immeuble sans respecter les formes de la saisie immobilière ?

Trois arrêts de la Cour de Cassation l'ont formellement décidé :

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 14 avril 1813 (11) déclare : « Attendu que suivant l'art. 2088 C. Nap., bien que la convention l'y autorise, le créancier ne peut vendre les biens de son débiteur *que par les voies légales*, expropriation forcée et enchères publiques ».

Un autre arrêt de la Chambre des requêtes du 25 mars 1835 (12) confirme par à contrario cette doctrine, en validant une convention permettant au créancier antichrésiste de vendre l'immeuble affecté à la garantie de la dette, contenue dans un acte *postérieur* de plusieurs années à l'acte constitutif d'antichrèse.

Enfin, un arrêt de la même chambre du 28 avril 1857 (13), statuant à propos d'une convention passée antérieu-

(11) R. Nantiss., n° 271.

(12) S. 1836. 1. 110.

(13) D. 57. 1. 219.

rement à la loi de 1841, décide : « Attendu que, suivant l'art. 2088, le créancier antichrésiste ne devient pas propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement du prix au terme convenu, que toute clause contraire est nulle, et que dans ce cas il doit poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales ».

En réalité, la clause annulée par ces arrêts n'est pas ce qu'on a convenu d'appeler « la voie parée ». Il s'agissait d'une clause donnant au créancier le droit de *vendre à l'amiable* et non pas dans l'étude d'un notaire avec mise en demeure, publicité et concurrence.

Mais la Cour ne semble pas distinguer entre ces deux clauses.

La loi de 1841 n'a donc pas apporté en matière d'antichrèse une solution nouvelle. Déjà avant cette loi les règles légales quant à la réalisation de l'antichrèse étaient considérées comme *impératives*.

Cela se comprend. L'interdiction de ces clauses de réalisation privée se classe parmi un ensemble de mesures destinées à protéger le débiteur. L'interdiction du pacte comissoire est le complément logique et nécessaire de cette interdiction de la voie parée en matière d'antichrèse. Il ne servirait à rien d'interdire la voie parée si les parties pouvaient convenir que faute de paiement l'immeuble qui garantit la dette sera attribué en pleine propriété au créancier. Il y aurait là une disposition plus dangereuse encore que celle qui conférerait le droit de réalisation privée.

PACTE COMMISSOIRE INTERDIT. — VOIE PARÉE PROHIBÉE, *sont donc les pièces indispensables à l'efficacité d'un même système !* On ne concevrait pas en bonne logique une législation faisant une place à la première de ces clauses, tout

en excluant la deuxième. Cet illogisme existe néanmoins en matière d'hypothèque ; c'est ce que nous aurons à examiner dans notre deuxième partie.

* * *

On peut simplement se demander si la protection du débiteur qui donne son immeuble à antichrèse ne serait suffisamment garantie par une clause autorisant la vente dans une étude de notaire avec publicité et concurrence.

Autrement dit, on peut se demander si l'interdiction de déroger aux règles légales de l'expropriation auxquelles renvoie l'art. 2088 ne devrait être limitée en bonne législation aux seules clauses de *vente amiable*.

Nous retrouverons cette question dans la deuxième partie de notre thèse au moment où nous discuterons la question de la validité de la voie parée en matière immobilière dans son ensemble.

DEUXIEME PARTIE

DES CONVENTIONS TENDANT A LA REALISATION PRIVEE DE L'HYPOTHEQUE

Un créancier hypothécaire qui n'est pas payé au terme convenu doit-il nécessairement employer la procédure de la saisie immobilière, ou bien peut-il convenir avec son débiteur de réaliser amiablement son gage ?

Deux modalités de réalisation amiable s'offrent aux parties, tout comme pour le nantissement mobilier ou l'antichrèse :

1° Elles pourraient convenir qu'à défaut de paiement à l'échéance le créancier hypothécaire deviendra propriétaire de l'immeuble affecté comme sûreté à la dette. Ce serait le PACTE COMMISSOIRE.

2° Elles pourraient en outre convenir que le créancier procédera à la vente de l'immeuble en dehors des formes de l'expropriation, soit par *une vente à l'amiable*, soit dans une étude de notaire avec publicité et concurrence, c'est ce qu'on appelle LA VOIE PARÉE.

Ces conventions sont-elles valables ?

Alors que pour répondre à cette question, lorsqu'elle intéressait le gage ou l'antichrèse, le Code civil contenait

deux articles : 2078 et 2088, aucun texte ne visait les mêmes conventions intéressent l'hypothèque.

La jurisprudence validait en conséquence les deux ordres de conventions : pacte comissoire et vente privée. Le montrer sera l'objet de la section première de cette deuxième partie.

Ce système était cohérent. C'était, pour ainsi dire, la confirmation par à contrario du système qui triomphait dans les matières voisines du gage ou de l'antichrèse.

Nous avons dit, en effet, qu'on ne saurait interdire la voie parée et permettre le pacte comissoire.

Le pacte comissoire étant permis dans une convention d'hypothèque, il était naturel que la voie parée le fut également.

La loi de 1841 est venue jeter le trouble dans tout cela. Sans rien changer quant au pacte comissoire qui continue d'être permis, elle interdit toute convention dispensant le créancier de suivre les voies d'expropriation légales. *Un système incohérent s'ensuivit.*

La mission de la jurisprudence était de réduire au minimum cette incohérence. Elle avait devant elle deux méthodes : elle aurait pu, en mettant l'accent sur l'interdiction de la loi de 1841, essayer d'unifier sur la base de la prohibition le système légal et interdire le pacte comissoire, qui constitue non seulement une antinomie, mais aussi une échappatoire aux règles du Code.

Elle aurait pu, au contraire, mettre l'accent sur la validité du pacte comissoire et essayer de réduire au minimum la portée de l'interdiction de la nouvelle loi.

C'est cette dernière attitude qu'elle prit. Nous décrirons cette jurisprudence dans la section deuxième.

Cette attitude est caractéristique. Il y a là une coïn-

cidence frappante entre le Code civil et la jurisprudence. Nous avons vu que le premier réservait ses rigueurs au gage et à l'antichrèse. Aucune disposition prohibitive relative à l'hypothèque.

La jurisprudence également montre une faveur particulière aux conventions tendant à la réalisation privée de l'hypothèque, (avant la loi de 1841 validant la voie parée ; après cette loi essayant de réduire au minimum la portée de la prohibition) alors qu'elle appliquait assez strictement les articles réglementant la réalisation du gage ou de l'antichrèse.

L'explication de cette différence de traitement nous l'avons trouvée dans des considérations d'ordre social et économique. Les débiteurs qui ont recours au gage mobilier (1) ou à l'antichrèse appartiennent à une catégorie sociale de condition modeste ou misérable. Le notaire n'intervient pas pour la passation du contrat. Les livrer sans défense à « l'autonomie de la volonté », c'est permettre au créancier de leur imposer la sienne.

Ce danger est moins sensible relativement aux débiteurs qui font appel au crédit hypothécaire. Ils sont mieux avertis, mieux conseillés. Leur volonté est plus libre. L'autonomie de la volonté ne sera pas pour eux un piège malencontreux. D'où bienveillance de la loi et de la jurisprudence à l'égard de ces clauses.

Ces considérations d'ordre économique et social nous indiqueront la voie à suivre du point de vue de l'opportu-

(1) Avec les réserves que nous avons faites au sujet du gage des valeurs mobilières ; V. p.

nité d'un changement de législation dans le sens de l'abrogation ou de la modification de l'art. 742 du Code de procédure civile.

Ce sera l'objet de notre troisième section.

SECTION PREMIÈRE

DU PACTE COMMISSOIRE ET DE LA CLAUSE DE
VOIE PAREE EN MATIERE HYPOTHECAIRE DANS LE
SYSTEME ANTERIEUR A LA LOI DE 1841

CHAPITRE PREMIER

LE PACTE COMMISSOIRE

Aucune disposition du Code civil n'interdit la convention par laquelle le créancier se verrait attribuer la propriété de l'immeuble hypothéqué si au jour du paiement il n'obtient pas le remboursement de la dette.

Dans le silence du Code sur ce point spécial, faillait-il étendre les dispositions prohibitives des articles 2078 et 2088, en matière de prêt hypothécaire ? Ces articles sont fondés sur une présomption irréfragable de consentement vicié du débiteur qui souscrirait à une pareille clause. Pour cette double raison suivante : 1° les nullités doivent être interprétées restrictivement ; 2° on ne saurait établir une présomption sans texte, nous croyons qu'il est impossible d'étendre les articles sus-cités au-delà des hypothèses précises qu'ils visent.

La jurisprudence est sur ce point catégorique.

Voici, d'après une note de M. Devilleneuve, sous l'arrêt de la Chambre civile du 1^{er} juillet 1844, au S. 1845. 1. 17,

quelles sont les différentes opinions doctrinales émises à ce sujet.

D'après Delvincourt, par analogie ou similitude de raison, la disposition « irritante » des art. 2078 et 2088 C. civ., devrait être appliquée en matière de prêt hypothécaire (2).

D'autres, comme Troplong (3) ne voient dans notre stipulation qu'une vente conditionnelle, qu'aucune loi ne défend et qui, par conséquent, est licite et valable. Toutefois Troplong restreint la validité de cette clause en exigeant que l'estimation de l'immeuble attribué en pleine propriété au créancier non payé, n'ait lieu qu'au moment de l'échéance.

« Il faudrait se méfier, dit-il, d'une estimation faite au moment du contrat. Car il serait possible que l'emprunteur, pressé par le besoin d'argent, consentit à une estimation fictive. Aussi MARCIANUS (4), exige-t-il que l'estimation ait lieu à l'expiration du délai pour payer (TUNC) : c'est alors seulement que le prêteur est censé jouir de toute son indépendance. D'ailleurs, ajoute M. Troplong, si la chose venait à augmenter de valeur pendant le délai accordé pour payer, il serait injuste que le créancier en profitât sans imputation ». Comme on le voit, M. Troplong ne semble admettre la validité de la stipulation qu'autant que l'estimation de l'immeuble devrait avoir lieu à l'échéance.

Duvergier envisage plus favorablement cette clause.

(2) Tome 3, p. 675, édition de 1819.

(3) De la Vente 4, édition, 1845, tome I, n° 77, p. 82.

(4) L. 16, §. 9, ff. de Pignor. et Hypot.

D'après lui, la clause est valable alors même que l'estimation a été faite au moment du contrat.

« L'estimation, dit-il, (5) que les parties donneraient au moment du contrat sera toujours suspecte : on pourra supposer que le prêteur a abusé de la position de l'emprunteur et invoquer contre cette vente les raisons qui ont déterminé le législateur à proscrire les conventions par lesquelles le créancier saisi d'un immeuble à titre de gage ou d'un immeuble à titre d'antichrèse, est autorisé à se les approprier (art. 2078 et 2088. Cependant, ajoute-t-il, il faut le reconnaître, dans l'hypothèse où je me place, il n'y a ni gage ni antichrèse ; si donc il n'apparaît aucun indice de fraude, s'il est démontré aux juges que l'estimation a porté l'immeuble à sa véritable valeur, je ne vois pas sur quelle disposition de loi ils se fonderaient pour prononcer la nullité de la vente ».

Même opinion chez Championnière (6).

Et M. Devilleneuve conclut ainsi : « De tout ce qui précède, il résulte que le plus grand nombre des auteurs estiment, et nous estimons avec eux, (V. à cet égard, dans notre Collect. Nouv., la note qui accompagne un arrêt contraire de la Cour de Paris du 22 mess. an II, Vol. 1. 2. 149) que *l'on peut valablement stipuler que le créancier pourra, à défaut de paiement à l'échéance, devenir propriétaire de l'immeuble hypothéqué, soit pour le montant de la dette elle-même, soit pour un prix fixé à l'avance dans le con-*

(5) *Toullier-Duvergier*. Le Droit Civil Français, XVI, De la Vente, t. I, n° 119.

(6) *Traité des Droits d'Enregistrement*, Paris 1838, tome 3, n° 2071, p. 253.

trat, soit enfin pour un prix à déterminer plus tard par experts, pourvu que, dans tous les cas, il n'y ait ni *fraude* ni *lésion* au préjudice du débiteur ».

La doctrine moderne se prononce généralement en ce sens (7).

Quant à la jurisprudence, à part quelques rares décisions, elle valide notre clause.

Ainsi, par exemple, la validité de notre clause fut reconnue par la Chambre civile dans l'arrêt du 1^{er} juillet 1844 (8) : « Vu les articles 1134, 2078 et 2088, Code civil ; Attendu que les conventions librement consenties sont la loi des parties, et qu'elles ne sauraient être annulées par les juges, qu'autant qu'elles auraient été illégalement ou illégitimement formées : Attendu que l'arrêt attaqué, en appréciant les titres dont il s'agit au procès, ne déclare pas expressément les caractères d'illégalité dont ils seraient entachés ; que la réprobation dont il les frappe *sur une assimilation* de ces actes au contrat d'antichrèse ou de nantissement d'une chose immobilière et sur l'application qu'il leur fait, *par analogie*, des dispositions de l'article 2088, Cod. civ ; qu'il résulte, toutefois, des clauses desdits actes et de leur substance, qu'ils ne constituent pas un contrat pignoratif, *et qu'aucun immeuble n'a été remis en gage au créancier par son débiteur ; qu'ils ne contiennent qu'une vente conditionnelle* ; que si, aux termes du contrat, cette vente ne devait devenir définitive qu'autant que le vendeur se serait libéré de sa dette dans un temps déterminé, une semblable clause ne rentre point dans les dispositions de l'art. 2088,

(7) V. *Infrà*, p.

(8) S. 45. 1. 17.

et ne constitue nullement une clause d'exécution parée ; *qu'une telle convention n'est annulée par aucune loi* ; attendu, qu'en annulant, dans ces circonstances, les actes dont il s'agit au procès, l'arrêt attaqué a faussement appliqué les art. 2078 et 2088, Cod. civ., et expressément violé l'art. 1134 dudit Code ; Casse, etc.. »

* * *

Presque tous les arrêts se prononcent dans le même sens ; ils valident tous la clause portant qu'à défaut de paiement d'une obligation dans un délai fixé, le créancier sera *propriétaire de l'immeuble affecté par hypothèque au moment de sa créance*.

La Cour de Toulouse, dans ses arrêts du 1^{er} mars 1822 et du 16 mars 1812 (9) décide : « Attendu que la loi permet tout ce qu'elle ne défend pas ; que, loin de renouveler ou de consacrer la prohibition prononcée par les lois romaines contre la stipulation que les créanciers seront propriétaires du gage, si le débiteur ne paie pas dans un délai déterminé, le code civil n'a défendu cette clause que dans les contrats d'antichrèse, c'est-à-dire dans ceux où le débiteur remet et délivre le fonds au créancier pour qu'il en perçoive les fruits jusqu'à sa libération ;

Que ce serait faire une fausse application de l'art. 2088, que de l'étendre à un cas différent de celui qu'il a prévu ;

Attendu, en fait, que l'acte du 2 mai 1820 ne renferme pas un bail à antichrèse, puisque les immeubles ne furent pas remis à Dufour-Lauriole ; qu'on n'y voit qu'une vente

(9) S. 1824. 2. 14, 15.

conditionnelle contre laquelle le sieur Dufour-Ramond ne pourrait exercer que l'action pour cause de lésion. Par ces motifs démet le sieur Dufour-Ramond de son appel » (10).

De même, les arrêts de la Cour de Montpellier, du 26 juillet 1833 (11) ; du 6 mars 1840 ; du 17 mars 1840 (12) : « *Attendu que les art. 2078 et 2088 C. civ., sont inapplicables, le premier parce qu'il a trait aux objets mobiliers seulement, et qu'il s'agit ici d'un immeuble ; le second parce qu'il est spécial à l'antichrèse et qu'il n'y a aucune similitude entre l'antichrèse et l'acte qui fait l'objet du litige ; Qu'il n'est pas permis d'étendre les dispositions législatives d'un cas à un autre ; ...Que, par suite, la vente de conditionnelle et suspensive qu'elle était, est devenue définitive ; ...* » (13).

Nous n'avons trouvé qu'un seul arrêt qui annule le pacte commissaire inséré dans un contrat de prêt avec garantie hypothécaire, et encore, non pas par application par analogie des dispositions des art. 2078 ou 2088, mais en faisant jouer les principes généraux de droit régissant la matière des contrats. C'est *l'arrêt de la Cour d'Agen, du 28 décembre 1842* (14) *qui annula notre clause comme contraire à l'essence, soit du prêt, soit de la vente.*

« Attendu que l'acte du 19 juin 1839 est un véritable contrat de prêt à intérêt ; qu'il en a tous les caractères, puisque la somme prêtée y est énoncée, que l'intérêt y

(10) Toulouse, 1^{er}, mars 1822.

(11) S. 34. 2. 29.

(12) S. 1840. 2. 531.

(13) Montpellier, 6 mars 1840).

(14) D. 43. 2. 99.

est stipulé, que l'échéance du remboursement y est fixée, et que l'hypothèque conventionnelle y est déterminée ; que, dès lors, *ce contrat doit être régi par les règles qui lui appartiennent* ; Attendu que le contrat de prêt à intérêt n'ayant rien de commun avec le contrat de vente, ne peut être transformé arbitrairement en contrat de cette dernière espèce sans violer toutes les règles et toutes les garanties de ce dernier contrat : Attendu qu'il est de l'essence du contrat de vente que le prix en soit fixé, déterminé et débattu entre les parties, ou du moins renvoyé à l'arbitrage de tiers désignés dans le contrat ; que là où il n'y a pas de prix de vente, il ne peut y avoir de vente ;

Attendu que l'acte du 16 juin 1839 énonce, il est vrai, une somme déterminée, mais exclusivement relative à un prêt à intérêt ; que *cette somme ne peut être transformée en prix de vente*, parce qu'elle n'a été livrée et reçue que sous la condition formelle et essentielle de prêt à intérêt ; que, pour la validité de la vente, il faut que la somme convenue ait exclusivement la vente pour objet. Dans le prêt, le prêteur ne se dessaisit que momentanément ; dans la vente, le vendeur est dessaisi à l'instant même, sauf les conditions que ce contrat peut comporter, et qui n'empêchent pas, à l'instant même, le transport de la propriété sur la tête de l'acquéreur.

Attendu que le prêteur a tellement reconnu qu'il n'y avait pas de prix de vente, que ce n'est que pour garantie de remboursement du prêt à intérêt qu'il a stipulé l'abandon de la propriété hypothéquée à ce même prêt ; que si, dans les conventions ordinaires, l'obligé peut se soumettre valablement à une cause pénale, il faut que cette clause ne soit contraire ni aux lois, *ni à l'essence des contrats* ; que dans l'espèce, on ne peut considérer comme clause pénale

valable celle qui transformerait un contrat de prêt en contrat de vente ; parce que le contrat de prêt ne renferme, ni ne peut renfermer, les conditions essentielles et substantielles du contrat de vente ; — Attendu qu'on ne peut assimiler cette clause au contrat de vente à réméré, d'abord, parce que ce contrat est un véritable contrat de vente autorisé par la loi ; que le prix est fixé et déterminé ; que le vendeur est dessaisi à l'instant même ; qu'une simple faculté est réservée au vendeur dans un délai déterminé par la loi ; qu'enfin il y a une véritable vente, mais seulement résoluble ; — Attendu qu'autoriser une pareille convention serait favoriser l'usure, faire déguiser le contrat pignoratif ou d'antichrèse, et dépouiller le contrat de vente de toutes les garanties que la loi a voulu lui assurer ;...» (15).

(15) Cour d'Agen, du 28 décembre 1842.

CHAPITRE II

LA CLAUSE DE VOIE PAREE

En l'absence de toute interdiction légale, la convention par laquelle le créancier est autorisé à vendre le bien hypothéqué sans respecter les règles légales de l'expropriation, devait-elle être interdite ?

La doctrine se prononçait généralement en faveur de la validité d'une pareille clause, et, après quelques hésitations, la jurisprudence s'est fixée elle-même dans ce sens.

Auteurs et arrêts raisonnent généralement à propos de la clause qui, tout en écartant les règles légales de l'expropriation, conservent en faveur du débiteur un minimum de règles protectrices : mise en demeure, publicité, concurrence.

Est-ce à dire qu'il faille distinguer, valider cette dernière convention et annuler la clause permettant la vente à l'amiable ?

Nous ne voyons pas comment, sans le secours d'aucun texte, et en permettant le pacte commissaire, on pourrait soutenir la nullité de notre clause. Puisque, comme nous venons de le voir, les arrêts et les auteurs décidaient, généralement, qu'il est loisible aux parties d'attribuer la

propriété de l'immeuble hypothéqué sous condition de non-paiement, il doit être de même possible de permettre la vente à l'amiable.

Le pacte comissoire contient en lui-même d'ailleurs cette possibilité, car qui empêcherait le créancier devenu propriétaire de l'immeuble d'en disposer comme bon lui semble ?

Il n'en est pas moins vrai que, tout au moins en jurisprudence, on ne s'est pas prononcé clairement sur la validité de la clause de vente à l'amiable. Ceci s'explique tout simplement par le fait que le contrat d'hypothèque dans lequel se trouvent incluses ces clauses de réalisation privée, est passé par devant notaire. Ceux-ci, soucieux des intérêts de leurs clients, se garderont bien de leur recommander l'insertion d'une clause qui, quoi qu'on en dise, recèle de graves dangers.

Mais la clause qui se rencontrait, par contre, très souvent dans les actes constitutifs d'hypothèque était celle que nous avons appelée *CLAUSE DE VOIE PARÉE NOTARIALE*, c'est-à-dire celle par laquelle le créancier acquerrait le droit de faire vendre l'immeuble dans l'étude d'un notaire, avec des formalités destinées à en assurer la publicité et la concurrence. Voici comment M. de Vatismenil, dans son Rapport fait à l'Assemblée Nationale au nom de la commission de la réforme hypothécaire et du crédit foncier, le 25 novembre 1850, page 16, s'exprime quant à l'introduction de cette clause dans la pratique notariale :

« Avant la loi de 1841, dit-il, les formalités de la saisie immobilière étaient si longues, si compliquées, si douteuses, si hérissées de difficultés, si abondantes en nullités, que tous les légistes et tous les praticiens cherchaient un remède à ces graves inconvénients. Ce fut dans cette

situation qu'un juriconsulte estimé des Basses-Pyrénées conçut l'idée d'une clause dont l'objet était de substituer un mode conventionnel d'expropriation au mode défectueux établi par le Code de procédure de 1806. Cette clause consistait DANS UN MANDAT IRRÉVOCABLE donné par le débiteur au créancier de faire vendre à défaut de paiement, l'immeuble qui lui était hypothéqué. Le défaut de paiement devait être constaté par un commandement. La vente ne pouvait avoir lieu qu'après un certain délai convenu entre les parties devant UN NOTAIRE DÉSIGNÉ PAR L'ACTE et à la suite de publications par voie d'affiches et d'insertion dans les journaux ».

« Cette clause prit faveur *par suite des vices de la législation de l'époque auxquels* ELLE REMÉDIAIT ; du département des Basses-Pyrénées elle se répandit dans celui de la Gironde ».

« La validité de la clause de voie parée fut contestée devant les tribunaux ; on prétendit qu'elle était contraire, sinon à la lettre, du moins à l'esprit des articles 2078 et 2088 du Code civil ; que d'ailleurs les formes de l'expropriation étaient D'ORDRE PUBLIC, et qu'il n'était point permis aux parties d'y déroger ».

« Les moyens de nullité furent rejetés par la plupart des COURS D'APPEL et par la COUR DE CASSATION ; il fut donc reconnu par la jurisprudence que sous l'empire du Code civil et du Code de procédure civil de 1806, *la clause de voie parée était* VALABLE ».

* * *

Cette jurisprudence (16) trouva son expression la plus

(16) V. aussi, parmi les nombreux arrêts qui ont été rendus dans

achevée dans quatre arrêts de la Cour de cassation, rendus le 20 mai 1840, sur le réquisitoire conforme du procureur général Dupin.

La première de ces quatre espèces, l'arrêt Podesta, était motivé comme suit : La COUR : — Vu les art. 544 et 1134 Cod. civ. ; — Attendu que les parties majeures et capables de contracter peuvent faire toutes les conventions qui ne sont pas formellement prohibées par la loi, ou ne sont pas contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ;

Attendu qu'aucun texte de loi ne défend à un propriétaire d'autoriser, *même irrévocablement*, son créancier à vendre les immeubles hypothéqués à sa créance, suivant les formes particulières déterminées par la convention, si ces formes ne dérogent pas à des lois intéressant l'ordre public et le bonnes mœurs ;

Attendu que les art. 2078 et 2088, Code civ., au titre du nantissement, doivent être, dans leur application, restreints aux cas sur lesquels ils ont disposé ; — Qu'en effet, les dispositions prohibitives ne peuvent être étendues d'un cas à une autre ; Que l'art. 2078 ne s'applique qu'au gage mobilier, que l'art. 2088 ne défend au créancier que de s'approprier l'immeuble par lui détenu à titre d'antichrèse ; — Que, s'il est ajouté qu'il peut en poursuivre l'expropriation par les voies légales, c'est la consécration du droit qui lui appartient en l'absence de toute convention ; — mais il n'en résulte pas que le créancier hypothécaire *ne*

cette matière, avant la loi de 1841 : l'arrêt de la Cour de Paris, du 17 mars 1834. D. 34. 2. 157.

(17) S. 1840. 1. 385.

puisse pas faire vendre l'immeuble hypothéqué à sa créance, dans les formes réglées par une convention qui ne dérogerait pas à des lois intéressant l'ordre public ou les bonnes mœurs ;

Attendu que l'art. 747 Cod. proc., dont le but principal est d'admettre, après la saisie et en cas de vente sur publications, le choix entre la vente en justice et la vente devant notaire, et qui exige l'intervention de l'autorité judiciaire, parce que L'IMMEUBLE EST DÉJÀ MIS SOUS LA MAIN DE LA JUSTICE, n'exclut pas, AVANT LA SAISIE, entre les parties majeures et capables de contracter, la liberté des conventions dans les limites ci-dessus indiquées ;

ATTENDU QU'EN L'ABSENCE D'UN TEXTE DE LOI PROHIBITIF IL RESTE A EXAMINER SI, PAR LA STIPULATION DONT IL S'AGIT, ON A DÉROGÉ A UNE LOI INTÉRESSANT L'ORDRE PUBLIC ET LES BONNES MŒURS ;

ATTENDU QU'ON NE PEUT VOIR UNE PAREILLE DÉROGATION DANS UNE STIPULATION QUI CONSERVE AU DÉBITEUR PROPRIÉTAIRE LA TRIPLE GARANTIE DE LA MISE EN DEMEURE, DE LA PUBLICITÉ ET DE LA CONCURRENCE ;

Attendu, en fait, qu'il avait été convenu entre les parties qu'à défaut de paiement de la somme prêtée, à l'échéance, le prêteur pourrait faire vendre aux enchères, au nom des emprunteurs, les immeubles hypothéqués, en présence des débiteurs ou eux dûment appelés, en l'étude d'un notaire, après la signification d'un commandement de payer, et après des affiches apposées pendant trois dimanches consécutifs ;

Attendu qu'il est constaté, en fait, par l'arrêt attaqué, que l'adjudication n'a eu lieu qu'après l'accomplissement de ces formalités ; — Attendu que de tout ce qui a été dit ci-dessus, il résulte qu'en déclarant nulle l'adjudication

faite dans les formes réglées par une convention non prohibée par la loi, et non contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, en condamnant par suite les adjudicataires au délaissement des immeubles par eux acquis, et à la restitution des fruits, la Cour royale de Lyon a fausement appliqué les art. 6, 2078, 2088 Code civil, 747 Code proc., et a formellement violé les art. 544 et 1134 Cod. civ. ; — Casse, etc ».

* * *

En conclusion, nous voyons que dans le système qui a prévalu avant la loi de 1841, tant en doctrine qu'en jurisprudence, *la réalisation privée de l'hypothèque a été admise presque sans limites* : pacte commissaire, clause de voie parée sont expressément validés par la jurisprudence et par la doctrine. Un seul point reste douteux : fallait-il permettre la clause de vente à l'amiable ? Mais l'intérêt de cette question est, pour ainsi dire inexistant, cette clause ne se rencontrant que très exceptionnellement en pratique. En théorie, du reste, il nous semble impossible de refuser d'en reconnaître la validité, tout au moins aussi longtemps que le pacte commissaire est admis.

L'absence de distinction nette entre ces clauses permettant la vente à l'amiable et les clauses de voie parée proprement dite, le fait que certains auteurs semblent les valider indistinctement (18) n'est pas la moindre cause

(18) M. Massé écrit dans la note qui accompagne les quatre arrêts sus-cités : « Et dans notre opinion, il n'y a pas de milieu : il faut choisir entre la prohibition de toute clause de voie parée, et l'admission de celles qui accorderaient

du revirement législatif qui s'est produit en cette matière. Certains bons esprits se sont émus de la facilité accordée au créancier.

* * *

Une proposition de loi tendant à prohiber toute convention destinée à écarter les règles de la saisie immobilière fut présentée devant les Chambres.

Voici comment, entre autres, on justifia l'introduction de cette prohibition : « Parce qu'elle (la clause de voie parée) était illicite, contraire à l'ordre public, immorale, usuraire, inhumaine, livrant sans merci le débiteur au caprice du créancier qui, au moyen d'un mandat irrévocable, pouvait à défaut de paiement à jour fixe faire vendre l'immeuble hypothéqué SANS LA MOINDRE FORMALITÉ DE JUSTICE ET A VIL PRIX (19).

On voit nettement la confusion qui existait entre les deux stipulations.

Un amendement fut proposé par le député de la Seine Garnon, tendant à exclure de la prohibition à venir les ventes passées « avec la triple garantie de la mise en demeure, de la publicité et de la concurrence ».

Mais il ne fut pas pris en considération et l'art. 742 nouveau du Code de procédure annule sans aucune distinction toute convention portant atteinte aux règles légales de l'expropriation.

au créancier les pouvoirs les plus étendus, même le pouvoir de vendre SANS AUCUNE FORME et de gré à gré. Au S. 1840. 1. 385.

- (19) Cité par *Lavielle*. Etudes sur l'administration de la justice civile, dans *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, tome XVII, 1860, p. 35.

Mais à peine la loi du 2 juin 1841 fut-elle votée, que des nombreuses protestations se sont élevées, émanant aussi bien de la part des créanciers que de la part des débiteurs.

M. Lavielle (20) rapporte le sentiment des agriculteurs à propos de la prohibition de la voie parée. Ceux-ci ne considèrent nullement la clause comme un moyen de relèvement du *crédit de la terre*. Ils y voient plutôt des mesures destinées à servir les intérêts des gens de justice.

« L'opinion de ces habitués intelligents de la campagne et de la ferme, ajoute l'auteur, nous paraît avoir ici autant de compétence et de gravité que celle de nos meilleurs jurisconsultes ».

En tout, l'abrogation de la clause figure parmi les mesures réclamées le plus souvent dans les conseils généraux ou comices agricoles, comme étant en mesure de fournir un relèvement du crédit agricole.

Néanmoins, la loi trouva des chaleureux partisans. Les plus ardents défenseurs furent les avoués, et il serait vain de se dissimuler que dans cette levée de boucliers, les intérêts professionnels prenaient une part importante.

Les notaires, notamment, entreprirent la critique minutieuse et approfondie de la nouvelle loi. Elle n'avait pas dix ans d'existence, lorsque des propositions nouvelles furent présentées pour en obtenir l'abrogation ou au moins l'adoucissement.

De son côté, la jurisprudence ne montra guère plus de sympathie en faveur de la nouvelle disposition. Sans doute, les tribunaux durent-ils s'incliner devant les dispo-

(20) Op. et loc. cit., p. 40.

sitions formelles du nouvel article 742 du Code de procédure civile. Mais grâce à l'interprétation, elle s'ingénie à réduire au minimum la portée de la nouvelle interdiction.

Rendre compte de ces disputes doctrinales, de cette lutte entre les différents intérêts qui s'affrontaient, entre les différents arguments qui s'opposaient, exposer cette jurisprudence, sera l'objet de la suivante section.

* * *

SECTION II

LE NOUVEL ARTICLE 742 DU CODE DE PROCEDURE CIVILE ET SON INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE

L'art. 742 nouveau dispose : « Toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, est nulle et non avenue ».

A peine cette disposition fut-elle votée, qu'un travail de démolition commença, qui devait durer près d'un siècle, puisque de nos jours encore on reprend les mêmes critiques en exigeant l'abrogation ou la modification de l'article 742.

Voici les griefs que les adversaires de la disposition légale font valoir à l'encontre de l'interdiction énoncée par cet article.

Il n'est pas vrai, prétendent-ils, comme le soutiennent les adversaires de notre clause, que la voie parée apporterait une atteinte à l'ordre public, par la faculté laissée aux parties de se soustraire aux règles de la saisie immobilière.

Déjà le procureur général Dupin s'était écrié dans son fameux réquisitoire suscité : « Eh quoi ! il serait d'ordre public qu'un débiteur fût nécessairement exproprié en justice, quand il a voulu éviter la honte d'une expropriation ? IL SERAIT D'ORDRE PUBLIC DE LE RUINER EN FRAIS QUAND IL A VOULU SE LES ÉPARGNER ? (21)

Cet ordre public que l'on invoque sous prétexte de protection du débiteur, se retourne, dit-on, contre lui. Il devra subir l'humiliation de l'expropriation, alors qu'il aurait pu par une clause appropriée s'en assurer tous les avantages en évitant ce qu'elle contenait de vexatoire.

En outre, l'ordre public exige-t-il qu'on tienne compte des seuls intérêts du débiteur ? Faut-il éternellement suspecter le créancier, le traiter presque en coupable ? Autrefois, dit M. Lavielle (22), on enchaînait le débiteur qui ne payait pas. C'est le créancier qu'on traite ainsi de nos jours. « On ne lui met pas précisément une chaîne de fer au cou quand il a l'audace grande de réclamer ce qui lui est dû ; *mais on l'attache au Code de procédure* dont les mille plis et replis étreignent et mutilent sa créance jusqu'à ce que mort s'ensuive ».

La conséquence directe et la plus regrettable de cette interdiction sera le resserrement du crédit foncier et notamment du crédit agricole. En effet, le créancier hésitera à prêter ses fonds s'il doit se résigner, au cas de non-paiement, à s'engager dans une procédure qui fait de l'expropriation une sorte d'entreprise aléatoire.

Cet argument est encore plus sensible par rapport

(21) Sous Cass. 20 mai 1840, S. 1840. 1. 385.

(22) Revue critique, loc. cit. p. 37.

à la petite propriété dont la valeur pourrait être absorbée par d'énormes frais de justice. « La procédure d'expropriation si modifiée, si allégée qu'elle ait été par cette loi est encore beaucoup trop lourde pour la petite propriété. Elle l'écrase de son poids, elle l'anéantit, elle l'absorbe. LE PRIX DE L'IMMEUBLE SAISI SUFFIT RAREMENT POUR PAYER LES FRAIS DE SAISIE.

Et ceci n'est pas l'exagération d'une humeur chagrine qui aurait survécu au Code de 1806. Les chiffres nouveaux parlent aussi haut que les anciens chiffres.

Dans notre chap. premier, nous avons déjà rappelé cet extrait du compte rendu de 1850 :

« 1980 ventes d'immeubles au-dessous de cinq cents francs, ont produit 558.002 francs et coûté 628.900 fr. de frais, ce qui donne pour chaque vente une moyenne 112 pour 100 » (23).

Le crédit agricole n'aurait qu'à gagner, disent les partisans de la clause, à l'abrogation de l'art. 742.

« Les propriétaires de bonne foi qui savent qu'en se soumettant à la voie parée, ils seront expropriés en cas de retard dans le paiement, n'emprunteront qu'avec la certitude de pouvoir rembourser, et il en résultera que les propriétaires solvables trouveront facilement du crédit à des conditions modérées, tandis que ceux qui ne le seront pas n'en trouveront à aucun prix ; ce sera là d'ailleurs un double avantage. La faculté d'éviter les dépenses excessives et les dangers de la saisie ravive la confiance, appelle les capitaux, n'effraye que les mauvais débiteurs et tend à exercer une action plus morale et plus tutélaire, une action

(23) *Lavielle*, op. cit., p. 17.

préventive plutôt que l'action répressive et violente de l'expropriation » (24).

A côté de ces arguments économiques, on fait valoir des arguments purement juridiques tirés du principe de la liberté des conventions et des pouvoirs d'user et d'abuser qu'a le propriétaire sur sa propre chose.

Seul le caractère immoral de l'objet ou de la cause d'une obligation pourrait faire échec au principe de l'autonomie de la volonté. Et peut-on vraiment qualifier ainsi une convention inscrite sous la garantie d'un officier ministériel : le notaire, et à plusieurs reprises solennellement reconnue par la Cour de cassation ?

D'ailleurs, ajoutent les partisans de la clause, ce n'est pas l'abrogation pure et simple de l'art. 742 qu'il faut demander au législateur. Devraient rester prosrites les conventions permettant au créancier la vente à l'amiable. Seules devraient être admises les conventions disposant que la vente aura lieu dans des conditions telles qu'elles présenteront toutes garanties pour le débiteur comme pour les autres créanciers.

L'Association Nationale des notaires de France proposerait le texte suivant : (25)

« ART. 742. — Au cas où dans un contrat hypothécaire, les parties ont convenu qu'à défaut de remboursement à

(24) Extrait de la note remise par l'Association Nationale des notaires de France à la commission de revision du Code de procédure civile siégeant au Ministère de la Justice en 1935 et mise gracieusement à notre disposition par M. le professeur Solus.

(25) Extrait de la note citée plus haut.

l'échéance et après un délai déterminé, les immeubles hypothéqués pourront être vendus à la demande des créanciers ou de l'un d'eux, il sera rendu, à la requête de l'une quelconque des parties, par le Président du tribunal du lieu de la situation des biens, une simple ordonnance prescrivant que l'adjudication aux enchères publiques aura lieu, soit à la barre, soit en l'étude d'un notaire, avec, en cette dernière hypothèse, indication du lieu de la vente. L'ordonnance déterminera les mises à prix de chacun des immeubles à vendre et les conditions de la vente, autres que celles qui auraient été prévues dans le contrat hypothécaire.

Il sera procédé pour la rédaction du cahier des charges, la publicité et la réception des enchères en conformité des articles 957 à 965 inclus, du Code de procédure civile.

L'ordonnance du Président du tribunal et la vente auront lieu en présence des débiteurs ou eux dûment appelés.

L'article 742 du Code de procédure civile est abrogé «.

* * *

Un argument très fort en faveur du rétablissement de la voie parée est fourni par la *loi du 28 mars 1852 sur le Crédit foncier*.

Cette loi prévoit une procédure d'exécution bien plus sommaire, plus rapide et plus rigoureuse que celle résultant de la voie parée.

Quinze jours après une mise en demeure ou un commandement, la société peut à son choix faire séquestrer l'immeuble, jouir de ses revenus ou le faire vendre. Le défaut de paiement à l'échéance d'une SEULE ANNUITÉ,

suffit non seulement pour autoriser ces mesures, mais encore pour rendre exigible le capital entier.

La détérioration de l'immeuble hypothéqué produit les mêmes effets.

La suite de la procédure est assortie à ces conditions premières.

Elle est tellement expéditive malgré les affiches et les publications, que quinze jours après ces formalités
L'ADJUDICATION A LIEU.

S'il s'élève des incidents, le tribunal statue EN DERNIER RESSORT sans que l'adjudication puisse être retardée.

Elle ne peut jamais être remise que du CONSENTEMENT DE LA SOCIÉTÉ.

Les tribunaux ne peuvent sous aucun prétexte SURSEoir AUX POURSUITES. Les articles 1244 du Code civil et 703 du Code de procédure ne sont pas applicables ici.

Non seulement le législateur a établi ainsi la voie parée au profit du Crédit foncier, mais il a manifesté l'intention de rendre au simple particulier et principalement au petit propriétaire l'usage de leurs anciennes libertés.

Un projet de loi de 1856, portait, en effet, la disposition suivante :

« *Art. 67.* La convention, portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites par la saisie immobilière EST VALABLE AUX CONDITIONS SUIVANTES : à savoir 1° que les immeubles à vendre n'auront pas une valeur excédant celle représentée par une contribution foncière de vingt francs en principal d'après la matrice cadastrale ; 2° que le notaire chargé de la vente sera commis par le président du tribunal sur simple requête présentée par le poursui-

vant et qu'il ne pourra réclamer que les droits fixés pour la vente judiciaire ; 3° que la vente ne pourra avoir lieu qu'après un commandement à trente jours et après les publications faites et certifiées conformément aux dispositions de la présente loi ».

M. Lavielle (26) tout en félicitant le législateur d'être revenu sur ses conceptions de 1841, regrette qu'il ait limité ses faveurs à la petite propriété. Les besoins de crédit sont les mêmes pour la grande comme pour la petite propriété. « La grande et la petite propriété, dit-il, ont également besoin d'être dégagées des entraves et des périls qui éloignent d'elles les capitaux ».

D'ailleurs, ce projet est toujours resté à l'état de projet.

Un nouvel assaut contre l'art. 742, fut tenté en 1891. C'est la *proposition de loi* de M. DUPUY-DUTEMPS :

« L'art. 742 du Code de procédure civile est abrogé ; il est remplacé par le texte ci-après :

Les parties pourront convenir dans l'acte d'emprunt ou dans tous autres actes authentiques postérieurs que, faute de paiement à l'échéance, le créancier pourra faire vendre les immeubles hypothéqués sans observer les formalités prescrites pour la saisie immobilière.

La vente ne pourra avoir lieu qu'aux enchères publiques, devant un notaire désigné par ordonnance du Président, sur pied de requête exécutoire sur minute, après une publication sommaire dans un journal d'annonces de l'arrondissement et l'apposition de placards manuscrits dans les lieux désignés par l'art. 699 du Code de procédure civile.

(26) Op. et loc. cit., p. 49,

Ces placards et publications contiendront le nom du propriétaire débiteur, l'indication sommaire de la situation de la propriété, de sa contenance et de ses limites, la mise à prix, le jour, le lieu et l'heure de l'adjudication et le nom du notaire qui procédera aux enchères. La publication et l'apposition des placards ne pourront avoir lieu que quinze jours après la date de la signification aux débiteurs d'un commandement réunissant les conditions prescrites par l'art. 673 du Code de procédure civile. La vente ne pourra s'effectuer que quinze jours après l'apposition des affiches et la publication au journal. La mise à prix ne pourra jamais être inférieure au capital même de l'obligation, à moins que plusieurs immeubles n'aient été hypothéqués et qu'il n'ait été indiqué pour chacun d'eux une mise à prix spéciale. Dans ce cas le total des mises à prix devra égaler au moins le capital prêté ou cautionné» (27).

Attitude de la Jurisprudence devant le nouvel Art. 742.

Si tous ces arguments invoqués en faveur du rétablissement de la clause de voie parée et si toutes ces objections n'ont pu aboutir à l'abrogation de sa prohibition, il serait vain de méconnaître qu'elles n'aient exercé quand même une grande influence sur la jurisprudence.

Aux yeux des tribunaux, la loi de 1841 a toujours paru apporter une entrave à la liberté des conventions, et c'est ce qui explique tout ce travail d'érosion, de minimisation du contenu de la règle prohibitive qui fut alors entrepris.

(27) MM. Duguet, Fabre, Lorin et Robert, rapporteurs.

Un système incohérent s'ensuivit, dont nous voudrions rendre un compte succinct.

A. — Voyons d'abord quelles furent les *répercussions de cette nouvelle législation sur les conventions* en vertu desquelles le créancier hypothécaire acquerrait la propriété des immeubles hypothéqués, faute de paiement à l'échéance autrement dit sur le *pacte comissoire*.

On aurait pu penser qu'en présence des nouvelles dispositions de la loi, la jurisprudence antérieure qui validait notre clause, serait destinée à changer.

L'art. 742 du Code de procédure civile n'interdit-il pas toute convention dont le but serait de dispenser le créancier hypothécaire de procéder à la saisie immobilière ? Au surplus, ce pacte comissoire n'est-il pas plus dangereux encore que l'autorisation de vente sans suivre les formalités légales ?

Comme le dit très bien le pourvoi en cassation formé contre la décision de la Cour de Montpellier du 1^{er} mars 1855 (28) : « En un mot, si le créancier ne peut rien changer aux formes de la saisie, ni priver le débiteur d'aucune des formalités prescrites, *comment admettre qu'il puisse être autorisé à les supprimer* TOUTES INDISTINCTEMENT DANS SON INTÉRÊT PERSONNEL ET POUR S'APPROPRIER LUI-MÊME LE GAGE ?

Néanmoins, *la jurisprudence continue à valider ces clauses* sous prétexte que l'interdiction de l'art. 742 n'a pas pour objet de supprimer la faculté pour le débiteur de faire une vente conditionnelle à son créancier (29).

(28) D. 56. 2. 219.

(29) Montpellier, arrêt cité.

Le pourvoi contre cet arrêt fut *rejeté* par la Chambre des requêtes dans un arrêt du 26 février 1856 (30),

De même, la Chambre civile a reconnu formellement la validité de ces conventions dans un arrêt du 13 juillet 1891 (31), qui cassa l'arrêt de la Cour de Paris du 30 mai 1888 (32), arrêt dont nous extrayons les passages suivants :

«...mais considérant qu'il est interdit par la loi à l'emprunteur *d'abandonner en même temps, et sous quelque forme et pour quelque part que ce soit* à son prêteur, pour le cas où il ne le rembourserait pas à l'échéance, la chose ou l'immeuble qu'il lui donne en gage ; qu'à cet égard, les dispositions des articles 2078, 2088 C. civ. sont formelles ; qu'elles prohibent TOUTE APPROPRIATION de plano du gage au créancier faute de paiement à l'échéance, et que, bien évidemment, une vente par anticipation, MÊME CONDITIONNELLE et partielle, de l'immeuble affecté, destinée à être résolue en cas de remboursement à l'échéance, est un contrat qui n'a d'autre objet, au contraire, que d'assurer au créancier, en cas de non-remboursement, la propriété pro parte de cet immeuble, et qui, comme tel, est radicalement nul. »

La Cour de cassation cassa cet arrêt dans les termes suivants : « ...Mais sur le second moyen : Vu les art. 68 de la loi du 25 vet. an xi, et 1382 C. civ., attendu que la convention par laquelle l'une des parties vend à l'autre, sous condition de rachat, une quote-part d'un immeuble tout en lui conférant sur cet immeuble une hypothèque pour sûreté

(30) S. 56. 1. 667.

(31) D. 93. 1. 227.

(32) D. 93. 1. 227.-(sous cass.)

d'une créance, *n'est interdit par aucune loi* ; que rien n'autorise à appliquer par analogie à une convention de cette nature les dispositions de l'art. 2088 C. civ., QUI RÉGISSENT EXCLUSIVEMENT LE CONTRAT D'ANTICHRÈSE,... »

Mais, nous le savons, les ventes sous condition du non-remboursement de la dette, consenties dans l'acte de prêt, pour un prix fixé à ce moment, ne sont rien d'autre que le pacte commissoire (33).

La validité de notre combinaison est formellement reconnue par la majorité des auteurs.

MM. Planiol et Ripert (Becqué) (34), écrivent :

« D'autre part, à la différence de la matière du nantissement, (art. 2078 et 2088 C. civ.) *aucun texte au titre des hypothèques ne prohibe la convention par laquelle le débiteur vendrait l'immeuble hypothéqué à son créancier pour le cas où il n'acquitterait pas sa dette à l'échéance* : une pareille convention, qui ne rentre pas dans les termes de la prohibition édictée par l'art. 742 Pr. civ., doit donc en principe être tenue pour valable, MÊME SI ELLE EST CONTENUE DANS L'ACTE DE PRÊT, et sans qu'il y ait à distinguer suivant que le prix est fixé par les parties *au moment même du contrat*, ou que sa fixation est confiée à des experts convenus par les parties ou à désigner par le juge ».

On ne pourrait décrire plus clairement le pacte commissoire !

Plus formels encore MM. Baudry Lacantinerie et de

(33) V. *suprà*, p.

(34) *Op. cit.*, t. XII, n° 445, p. 415.

Loynes (35), qui tranchent cette question dans les termes suivants :

« Pour le même motif nous n'assimilerions pas à la clause de voie parée la convention par laquelle le débiteur vendrait l'immeuble hypothéqué à son créancier pour le cas où il n'acquitterait pas sa dette à l'échéance. Il est vrai qu'en matière de nantissement la loi prohibe une *semblable* stipulation (art. 2078 et 2088), que cette interdiction a été édictée dans l'intérêt du débiteur, que la loi a voulu ainsi le défendre contre une pression illégitime du créancier, et que ces considérations militent également en faveur du débiteur hypothécaire. Mais il nous est impossible d'oublier que *les nullités sont de droit étroit*, qu'elles ne peuvent être étendues d'une hypothèse à une autre.

Si, en matière de nantissement, le code contient une prohibition formelle, il n'en est pas de même en matière hypothécaire (36). *L'art. 742 pr. civ. est la seule disposition qui puisse être invoquée. Or, il ne parle pas de la vente consentie par le débiteur à son créancier. Par conséquent cette convention est valable*, puisqu'elle se distingue sans peine du pouvoir dont il est question dans cet article» (37).

(35) Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des Privil. et Hypoth., 3^e édit., 1906, t. II, n^o 1291.

(36) Civ. 29 août 1849. D. 49. 1. 273 ; Civ. Cass. 13 juillet 1891-D. 93. 1. 227.

(37) D'ailleurs, *Baudry-Lacantinerie* et de *Loynes* donnent de cette différence de régime une explication que nous ne saurions faire nôtre : la raison qu'ils invoquent pour justifier la validité du pacte comissoire en matière d'hypothèque est qu'il n'y avait aucune raison pour le législateur de restreindre sur ce point la liberté des parties. Or, il apparaît de toute évidence que le pacte comissoire est

De même, *Aubry et Rau* (38); ; « Mais on ne devrait pas assimiler à cette clause, dite de voie parée, la vente conditionnelle de l'immeuble hypothéqué que le débiteur aurait consentie au créancier, *quoique dans l'acte même de prêt*, pour le cas de non-remboursement de la somme empruntée au terme à ce fixé. Une pareille vente est, en principe, à considérer comme valable, *peu importe que le prix doive être déterminé par experts* convenus entre les parties ou à désigner par le juge, ou qu'il ait été *fixé dans l'acte même de prêt* » (39).

En présence de cette jurisprudence (40) l'interdiction de la voie parée ne se comprend pas. La jurisprudence s'est

bien plus dangereux pour le débiteur et donc le législateur aurait eu suffisamment de motifs pour le prohiber.

(38) T. III, § 266 (5) p. 481, 5^e édition, 1900.

(39) De même : *Troplong*. De la Vente, I, n^o 77, p. 82, 4^e édit., 1845. *Guillouard*. Traité des Privil. et Hypoth., t. II, n^o 1039, p. 508, édition de 1897. *Th. Hue*. Commentaire théorique et pratique du Code civil, édit. 1900, tome XIII, n^o 231, p. 266. *Pont*. Petits Contrats, 2^e édit., Paris 1878, tome II, n^o 1260. V. Cepend. *Contrà* : *Cuche*, Précis des Voies d'exécution, p. 35.

(40) Un arrêt récent de la Chambre des requêtes du 8 mai 1934, *Gazette du Palais*, 2^e semestre 1934, p. 126, peut, à première vue paraître contredire cette thèse. La Cour admet la validité d'un pacte commissaire convenu entre les parties postérieurement à un contrat de prêt qui contenait une subrogation dans le privilège du vendeur d'immeubles au profit du prêteur.

résignée à cette incohérence, alors que légalement elle aurait pu trouver dans les dispositions de l'art. 742 les éléments suffisants pour proclamer la nullité du pacte commissaire.

Qu'est-ce dire sinon qu'elle a toujours regardé le nouvel art. 742 comme une entrave à la liberté des conventions ?

* * *

B. — Cette hostilité se manifeste sous un deuxième rapport : *l'interprétation restrictive que donne la jurisprudence à la convention de voie parée proprement dite.*

Seules sont prohibées les conventions de voie parée insérées dans l'acte même constitutif d'hypothèque. Tout mandat révocable, ou même irrévocable, pourvu qu'il soit

Mais dans ses motifs, la Cour semble considérer que le même pacte inséré dans le contrat de prêt lui-même eût été nul. « ... Mais attendu qu'il n'y a pacte commissaire prohibé par l'art. 2078 C. civ. que si, au moment où un gage est constitué pour la garantie d'un prêt, une clause du contrat autorise le créancier à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités prévues par la loi ;

Or, attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que c'est postérieurement au prêt consenti pour l'achat d'un immeuble avec subrogation au privilège du vendeur et alors que le prêt était déjà réalisé, qu'est intervenue la promesse de vente susvisée ».

Cet arrêt ne peut pas être considéré comme ayant entraîné un revirement de la jurisprudence antérieure. Ce n'est pas dans son dispositif, mais uniquement dans ses motifs que

consenti postérieurement au prêt, ne tombe pas sous le coup de la prohibition.

Remarquons, avant même de rentrer dans la description de cette jurisprudence, que ces conventions ne peuvent pas se justifier par les mêmes arguments que ceux qui furent invoqués pour valider les pactes commissaires en matière de gage, lorsqu'ils étaient consentis *EX INTERVALLO* ; on disait à ce propos qu'étant donné que le motif de l'interdiction était une *présomption de contrainte morale*, cette présomption n'avait pas de raison d'être lorsque le pacte était accepté une fois le prêt réalisé. Mais en notre matière cette présomption n'est pas l'unique fondement de la prohibition. On invoque aussi *l'idée d'ordre public* qui s'opposerait à ce que l'exécution du débiteur puisse être poursuivie autrement que par les voies légales.

Si cette idée était vraie, nous ne voyons pas comment l'ordre public serait moins atteint du fait que la convention

la Cour semble changer de doctrine. La plus grande confusion s'y trouve d'ailleurs ; on invoque constamment l'art. 2078 C. civ. qui, nous le savons, concerne exclusivement le gage mobilier et qui ne saurait, dès lors, trouver application en matière de privilège immobilier. *Les tribunaux se sont constamment refusés de voir dans l'art. 2078 un principe général qui interdirait à tout emprunteur* — tant sur gage mobilier qu'immobilier — d'abandonner en même temps et sous quelque forme et pour quelque part que ce soit à son prêteur, pour le cas où il ne le rembourserait pas à l'échéance, la chose ou l'immeuble qu'il lui a donné en gage. La grande majorité des auteurs sont du même avis. C'est pourquoi nous refusons cette autorité à un arrêt qui, quoique traitant d'un gage immobilier, est motivé uniquement sur les dispositions de l'art. 2078 C. civ.

de voie parée est postérieure à la constitution d'hypothèque.

Comment, dès lors, la jurisprudence justifie-t-elle la validité de ces conventions ?

Il semble que le raisonnement des arrêts soit le suivant : malgré la constitution d'hypothèque, le débiteur garde la possibilité de vendre l'immeuble. Il peut dès lors déléguer à un tiers cette faculté, notamment il peut conférer un mandat de vendre à son créancier.

Quel obstacle légal s'opposerait à la validité de ce mandat ? Pour trouver la réponse à cette question il faut se demander *quelle est la nature juridique de la clause de voie parée interdite ?*

C'est, d'après les arrêts, UN MANDAT IRRÉVOCABLE A L'EFFET DE VENDRE L'IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ, INSÉRÉ DANS L'ACTE DE PRÊT MÊME ; dès lors, la réponse à notre question est toute trouvée : EST VALABLE TOUT MANDAT, POURVU QU'IL SOIT RÉVOCABLE, MÊME S'IL EST INSÉRÉ DANS L'ACTE DE PRÊT OU BIEN MÊME IRRÉVOCABLE, POURVU QU'IL SOIT POSTÉRIEUR A L'ACTE DE PRÊT.

Dans un arrêt rendu le 29 novembre 1848 (41), la Cour de Bordeaux justifie ainsi la validité du *mandat révocable donné dans l'acte même de prêt* à l'effet de permettre au créancier de vendre les immeubles hypothéqués sans respecter la saisie immobilière : « Attendu qu'en recevant de A..., son métayer et son débiteur, *une procuration en blanc*, portant pouvoir de vendre quatre petites pièces de fonds appartenant à celui-ci, X..., n'a nullement contrevenu à l'art. 742 C. proc. civ. ; que cet article a eu pour objet de proscrire la clause dite de voie parée, par laquelle le débiteur donnait au créancier MANDAT IRRÉVOCABLE de vendre sans

(41) Au S. 52. 2. 97.

formalité de justice les immeubles affectés à la sûreté de sa créance, et renonçait ainsi sans retour aux garanties que la loi avait voulu lui ménager ; mais qu'il n'est nullement interdit au créancier et au débiteur, afin d'épargner les frais d'une saisie immobilière, frais qui, dans l'espèce, auraient absorbé, et au delà, le prix des immeubles, de convenir que le créancier pourra, au moyen d'UNE PROCURATION TOUJOURS RÉVOCABLE, vendre ou faire vendre à l'amiable les biens qui sont le gage de sa créance ; qu'une telle convention n'enchaîne en rien le débiteur, qui peut toujours révoquer ou modifier ce pouvoir qu'il a donné, vendre lui-même ses immeubles, *et ne saurait être dépouillé malgré lui que par voie de saisie immobilière* ; qu'en fait, A... a été si peu lié par la procuration en blanc qu'il avait donnée à X..., qu'il a lui-même vendu un peu plus tard une des pièces comprises dans cette procuration ; qu'ainsi, on ne saurait trouver dans ce fait l'apparence d'une transgression de l'art. 742 ;... »

* * *

Même le MANDAT IRRÉVOCABLE, mais consenti POSTÉRIEUREMENT A L'ACTE D'OBLIGATION, est considéré par la jurisprudence comme compatible avec l'interdiction de la voie parée.

Dans un arrêt fortement motivé, la Cour de Bordeaux l'a ainsi décidé (42) : « Attendu que si, d'après l'art. 2004 C. civ., le mandant peut à son gré révoquer les pouvoirs qu'il n'a conféré que dans son intérêt personnel, il en est

(42) 27 avril 1885, D. 86. 2. 263.

autrement lorsque le mandat a été conféré dans l'intérêt commun des deux parties ; qu'il ne saurait en ce cas, être révoqué par la seule volonté du mandant ; que, dans l'espèce, il résulte des stipulations de l'acte notarié des 24 et 25 août 1882, que la procuration donnée par les époux Neru à la dame veuve Cantenat et au sieur Barrière *de faire procéder à l'amiable à la vente aux enchères de leurs immeubles*, intervenait pour sauvegarder aux débiteurs un délai de grâce et pour leur assurer ainsi qu'au créancier une réalisation moins dispendieuse des biens hypothéqués ; qu'au surplus, l'acte précité porte en termes formels que la dame Cantenat et Barrière *sont constitués mandataires irrévocables*, avec faculté d'agir conjointement et séparément et de se substituer un tiers ; que cette stipulation, d'ailleurs licite, était justifiée par la nature du mandat et par le but qu'il tendait à atteindre ; Attendu qu'en présence de cette clause, il est certain que les époux Neru s'étaient interdit la faculté de révoquer le mandat par eux conféré, et que les pouvoirs résultant de l'acte du 25 août 1882 conservaient toute leur valeur, malgré l'acte révocatoire notifié le 21 septembre 1883 ; -attendu, sur le moyen pris de la violation des art. 742 et 743 C. proc. civ., que le premier de ces articles d'après son texte, n'a interdit que la stipulation INTRODUITE D'AVANCE DANS L'ACTE CONSTITUTIF DE L'OBLIGATION et avant l'échéance de la dette ; qu'il résulte des travaux préparatoires et de la discussion qui ont précédé le vote de la loi qu'on a voulu seulement interdire la clause de voie parée pour protéger le débiteur à la fois contre les exigences de son créancier et contre les illusions qu'il pouvait concevoir sur les ressources qui lui permettaient de remplir ses obligations ; *que les mêmes raisons n'existent pas après l'échéance*, lorsque la pression

des créanciers n'est plus à redouter ; qu'il fut dit en termes formels par le rapporteur de la loi à la Chambre des députés qu'on voulait appliquer à la procédure de saisie immobilière les principes écrits au Code civil dans les art. 2078 et 2088 ; que, d'après une doctrine certaine, ces deux textes ne prohibent que les stipulations faites DANS le contrat de gage ou d'antichrèse, et ne s'opposant pas à ce que POSTÉRIEUREMENT A L'ACTE LUI-MÊME, le débiteur donne à son créancier le droit d'aliéner l'objet sur lequel porte l'antichrèse ou le gage ; que les raisons sont identiques au cas de saisie réelle, et doivent amener la même distinction ; qu'ainsi les pouvoirs de vente conférés par les époux Neru LONGTEMPS APRÈS L'ACTE D'OBLIGATION, NE RENTRENT PAS DANS LES PRÉVISIONS DE L'ART. 742 ET NE SONT PAS ATTEINTS PAR LA NULLITÉ QU'IL PRONONCE ».

* * *

Une série d'autres arrêts adoptent la même thèse (43).

Il résulte des motifs de ces différentes décisions que la raison qui a poussé les juges à admettre la validité de ces mandats, c'est le fait que le consentement du débiteur n'était pas censé empreint de contrainte morale. Un mandat révocable laisse par définition une liberté entière au débiteur. Un mandat irrévocable consenti postérieurement au prêt n'est plus obtenu dans un moment où il y a lieu de présumer une contrainte morale exercée sur le consentement du débiteur.

(43) V. notamment : Poitiers, 24 mai 1897, D. 97. 2. 270 ; Ch. civ., 25 mars 1903, D. 1904. 1. 273.

La plupart des auteurs justifient, du reste, par les mêmes raisons cette liberté (44).

Nulle part dans les arrêts n'est invoquée cette idée que les règles de la saisie immobilière constituent la seule voie que le créancier puisse prendre pour exécuter son débiteur. On ne voit pas affirmer que la procédure d'expropriation serait d'ordre public. Comment en serait-il autrement, puisque dans des multiples hypothèses que nous venons de voir, ces règles sont justement écartées ?

Mais alors, si l'interdiction ne s'explique, d'après ces arrêts, que par une idée qui tient non pas à un principe de procédure civile et de voies d'exécution, mais à un principe de droit civil relatif à la liberté du consentement ; puisque les arrêts conviennent que l'art. 742 ne se justifie que par une présomption de contrainte morale, il devient absolument impossible à comprendre qu'une convention plus grave passée dans les mêmes conditions soit reconnue valable. Nous faisons allusion à la validité du pacte comissoire. *Pourquoi la vente sous condition suspensive du non-paiement serait-elle licite, alors que le mandat irrévocable sous la même condition serait interdit ?* Il est impossible, si l'on veut fonder notre règle sur une présomption de consentement vicié de traiter d'une façon différente des conventions qui reposent également sur un consentement libre.

C'est pourquoi la doctrine ne se contente pas, pour justifier l'art. 742, des raisons tenant au consentement, mais invoque en outre *l'idée qu'il ne saurait y avoir à côté du mode d'expropriation prévu par la loi, un mode privé organisé concurremment par des conventions particulières.*

(44) *Planiol et Ripert*, op. et loc. cit.,

Mais si les règles de l'expropriation sont ainsi considérées comme d'ordre public, il est difficile d'admettre la jurisprudence qui établit des distinctions selon que le mandat de vente est révocable ou non, concomittant ou postérieur à l'engagement.

Nous sommes donc enfermés dans un dilemme : ou bien considérer que la raison de l'art. 742 est la protection du consentement du débiteur, et alors il est impossible d'admettre le pacte comissoire et proscrire la voie parée.

Ou bien on doit voir dans l'art. 742 un principe supérieur d'ordre public qui s'attacherait aux règles de la procédure d'exécution, et alors il faudrait interdire la convention de voie parée quelles que soient les circonstances.

Tel qu'il est, le système jurisprudentiel est incohérent et contradictoire. Dans quel sens faut-il souhaiter le rétablissement d'une certaine unité dans cette matière, voici ce qu'il nous reste à examiner dans notre troisième section.

*

* *

SECTION III

QUELLE EST LA NATURE JURIDIQUE DE LA VOIE PARÉE ET DANS QUEL SENS POURRAIENT SE DIRIGER LES REFORMES LEGISLATIVES ?

Dans l'exposé que nous avons fait de la jurisprudence, nous avons admis sans examen l'explication selon laquelle la clause de voie parée s'analyserait en un mandat irrévocable de vendre l'immeuble hypothéqué, mandat conféré dans l'acte même du prêt.

Cette conception rencontre de graves objections théoriques et pratiques. Elles ont été exposées dans une thèse

récemment soutenue à la Faculté de Droit de Lausanne par M. Edouard Dessauges (45),

Le créancier gagiste (et sur ce point l'auteur assimile le gage et l'hypothèque) qui bénéficie de la clause, obtient, dit cet auteur, *un droit personnel et stable* de faire valoir en son nom les créances engagées, ou un *JUS VENDENDI* propre et irrévocable s'il s'agit de réaliser privément un meuble (ou un immeuble).

Or la clause de voie parée est toute entière dans l'autonomie et l'irrévocabilité du pouvoir d'exécution convenu et ses attributs sont l'antithèse des pouvoirs révocables et médiats du mandat (46).

L'expression de mandat irrévocable ne nous paraît pas heureuse, ajoute l'auteur. La science juridique comme toute autre science est une langue bien faite, une classification rationnelle. Peut-elle utiliser un terme à double sens et juger au moyen d'une notion confuse et contradictoire ?

Et l'auteur cite à l'appui de sa thèse un arrêt rendu par le TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE, connu sous le nom d'*arrêt LONZA* (47).

« ...De cette façon, le demandeur (créancier gagiste) n'a pas simplement reçu un mandat d'encaisser, ordinaire et révocable ; il a obtenu UN DROIT PERSONNEL ET STABLE DE FAIRE VALOIR EN SON PROPRE NOM ET POUR SON PROPRE COMPTE les créances faisant l'objet d'un nantissement (48).

M. Dessauges se livre ensuite à une analyse minutieuse

(45) De la réalisation privée du gage. Lausanne, 1934.

(46) P. 80.

(47) Journal des Tribunaux, 1913, 1, p. 646.

(48) Arrêt cité par E. Dessauges, op. cit. p. 78.

pour montrer qu'aucune des conséquences de l'idée de mandat ne cadre avec les pouvoirs et les obligations du créancier qui invoque la clause de voie parée.

Le créancier gagiste réalisant un immeuble en exécution de la convention, aurait par exemple à se légitimer vis-à-vis du conservateur du registre foncier en invoquant les pouvoirs de son mandat. Or, cette exigence, nous dit l'auteur, est contraire à l'esprit de la clause. Le créancier gagiste vend en son nom, et en vertu d'un droit personnel et indépendant. Il doit pouvoir requérir de son propre chef toute inscription utile.

S'il s'agissait, au contraire, d'une clause de voie parée relative à un nantissement de créance, permise par la jurisprudence suisse (49) le créancier gagiste qui devrait être considéré comme mandataire du débiteur gagiste pourrait se voir opposer par le tiers débiteur de la créance constituée en gage toutes les exceptions que celui-ci pourrait valablement opposer contre le débiteur constituant du gage lui-même.

Et l'auteur d'ajouter : « Mais le nantissement du droit offrirait en ce cas une garantie bien précaire. Non seulement révocable au gré du constituant, mais en danger d'être anihilée par les opérations juridiques de débiteur à tiers débiteur auxquelles le créancier gagiste ne pourrait s'opposer ».

Ce danger n'existerait pas en droit français, qui a prévu et réglementé le gage des créances et qui consolide les droits du créancier gagiste par la signification que celui-ci ferait au débiteur de la créance constituée en gage.

Mais il n'en est pas moins vrai qu'à d'autres points

(49) Arrêt Lonza ci-dessus.

de vue, la conception selon laquelle la voie parée s'analyserait en un mandat présenterait de notables inconvénients. Ainsi, par exemple, l'art. 1596 du Code civil, qui interdit aux mandataires de se porter adjudicataires de la chose vendue au nom du mandant deviendrait applicable.

C'est ce qu'ont très bien compris les notaires qui ont toujours soutenu avec force que par la clause de voie parée le créancier ne devient pas le mandataire, révocable ou non, de son débiteur.

Il importe d'insister sur ce point, disent-ils, car il importe que le créancier hypothécaire puisse racheter l'immeuble hypothéqué. « Les motifs qui enlèvent au mandataire le droit de se rendre adjudicataire des biens dont il poursuit la vente *ne sont pas applicables à l'espèce qui nous occupe*. Un mandataire vend des biens souvent libres de charges ; il pourrait avoir intérêt à éloigner les concurrents, et en l'absence de créanciers hypothécaires, le droit de surenchérir n'existerait pas ; tandis qu'il est certain qu'un immeuble exproprié est toujours grevé jusqu'à concurrence, et souvent au delà de sa véritable valeur. Les concurrents seraient vainement éloignés à l'aide de manœuvres que la morale réprouve, car le droit de surenchérir subsisterait toujours ; ces manœuvres mêmes seraient d'ailleurs impossibles pour des biens vendus avec la même publicité et la même garantie que ceux des mineurs. Et on peut ajouter avec certitude que si l'immeuble n'était pas grevé outre mesure, si le propriétaire avait conservé le moindre crédit, l'expropriation n'aurait pas lieu, et que le propriétaire aurait trouvé des ressources pour désintéresser le créancier trop rigoureux (50).

(50) Extrait des observations présentées en septembre 1850, à

Nous savons d'ailleurs que Laurent était du même avis et qu'il ne voulait pas considérer le droit de vendre comme découlant d'un mandat (51).

Si donc il faut renoncer à considérer la clause de voie parée sous l'angle de l'idée de mandat, quelle est alors sa nature ?

Toute la thèse de M. Dessauges est destinée à démontrer que cette nature n'est rien d'autre qu' *une voie privée d'exécution qui fonctionnerait parallèlement aux voies d'exécution légales*. Il montre, en faisant appel à l'histoire et au droit comparé, que l'Etat n'a pas ou ne doit pas avoir le monopole de la sanction des obligations assumées par les particuliers. A Rome l'exécution n'était-elle pas d'abord confiée toute entière aux parties elles-mêmes ? Sans doute l'Etat s'est-il substitué ensuite comme organe sanctionneur, mais c'est parce que la procédure privée était empreinte de barbarie et de violence. Il n'y a pas de raison d'empêcher les parties de régler comme bon leur semble l'exécution de leurs obligations lorsque ce mode est plus humain, plus doux, plus propice au développement des affaires.

Ce point de vue concorde avec celui adopté par les notaires. « La convention de voie parée, disent-ils, serait la conséquence directe de l'hypothèque qui est un droit sur la chose ; elle serait un mode licite d'exécution de ce droit, mais un mode plus doux, plus facile, plus tempéré, que

l'Assemblée Nationale, sur le projet de loi relatif au régime hypothécaire par les délégués des notaires des départements.

(51) V. *suprà*, p.

l'expropriation qui en est le mode brutal, violent et onéreux, alors surtout que des textes nouveaux assureraient la vente aux meilleurs prix au moyen d'une publicité efficace réglée par la loi, et que l'autorité judiciaire exercerait son contrôle et sa surveillance de même que s'il s'agissait des biens du mineur » (52).

Pour juger notre jurisprudence il faut donc, croyons-nous considérer notre problème sous le double angle de la protection du consentement du débiteur et du respect du principe des voies légales d'exécution.

Or, nous constatons que ce double principe est méconnu, tout au moins en partie, par la jurisprudence (sans doute à cause de l'intervention inopportune du législateur de 1841).

Le consentement du débiteur n'est pas protégé quant au pacte commissaire, convention plus dangereuse encore que la voie parée.

Les règles de la procédure d'exécution ne sont pas intégralement obéies non plus, car il est permis aux parties d'y déroger par des conventions ultérieures à l'acte d'engagement. Et, on ne l'a jamais assez remarqué, ces conventions que l'on qualifie de mandats vont en fait bien plus loin dans l'abandon des formalités légales, que la clause de voie parée notariale qui conserve au débiteur toutes les garanties essentielles. Le mandat conféré permet, en effet, la vente à l'amiable des biens engagés, comme dans cette espèce jugée par la Cour de Bordeaux, le 29 novembre 1848

(52) Note remise en 1935 par l'association nationale des notaires de France, précitée.

(53), où le mandat reconnu valable par la Cour était constitué par *une procuration en blanc*. De même dans un arrêt du 27 avril 1885, rendu par la même Cour (54), où le mandat conférait au créancier le droit de vendre à *l'amiable* l'immeuble hypothéqué.

Et en effet, du moment que l'on fonde le droit de vente sur l'idée de mandat, il n'y a pas de raison d'en faire dépendre la validité du respect de formalités quelconques.

* * *

Ayant ainsi essayé d'établir la nature véritable de la clause de voie parée, il nous sera plus facile d'*indiquer la voie dans laquelle il nous semble que la jurisprudence et la législation devraient s'engager*.

Il faudrait, croyons-nous, s'il est avéré qu'il faut protéger le consentement du débiteur au moment de l'engagement, proscrire le pacte commissaire lui-même dans l'acte d'hypothèque. Mais il faudrait alors qu'un texte spécial le dise, les dispositions des articles 2078 et 2088 étant de droit étroit.

On peut d'ailleurs se demander si cette protection est nécessaire en matière d'hypothèque comme en matière de gage ou d'antichrèse. Nous avons dit plus haut qu'il faut tenir compte à ce propos non seulement de principes juridiques abstraits, mais aussi de considérations sociales. Or, la catégorie de débiteurs ayant recours à l'hypothèque est

(53) S. 52. 2. 97, précité.

(54) D. 86. 2. 263.

mieux armée dans la lutte pour l'obtention d'un crédit à des conditions normales. Telle est au moins l'idée qui semble guider la jurisprudence qui laisse subsister nos conventions.

On peut néanmoins se demander si ce système de liberté du pacte comissoire en matière d'hypothèque n'est pas abusif. Ne faut-il pas plutôt y voir une réaction de la pratique, réaction ayant même dépassé le but voulu, contre la disposition malencontreuse de la loi de 1841. Une convention utile et non dangereuse ayant été proscrite par la loi, la pratique en inventa une autre qui avait la seule vertu de ne pas tomber sous le coup de la prohibition légale, mais qui, par contre, présentait des dangers bien plus graves.

C'est, nous le voyons, la disposition de l'art. 742, qui forme le pivot de tout ce système. On peut donc penser qu'en validant la voie parée notariale qui tend à une réalisation du gage conservant au débiteur toutes les garanties essentielles, en ouvrant ainsi aux parties une voie légale utile, on permettrait en même temps la fermeture de cette autre voie dangereuse sur plus d'un point qu'est le pacte comissoire.

Le débat se cantonne ainsi sur le seul point de savoir *s'il est utile et souhaitable que le législateur intervienne*, non pas sans doute pour permettre aux parties de se dispenser conventionnellement de toutes formalités lors de la réalisation du gage, *mais pour instituer à côté des règles légales une procédure simplifiée mais largement protectrice des intérêts du débiteur comme de ceux de ses créanciers.*

Le sentiment de la jurisprudence, nous le connaissons. D'après la Cour de cassation la validité de la voie parée,

nous pouvons ajouter sa légitimité, était incontestable avant la loi de 1841.

Nous avons même expliqué cette faveur par le fait que la protection accordée au débiteur empruntant sur hypothèque ne doit pas être aussi pleine de sollicitude que la même protection accordée au débiteur ayant recours au gage mobilier.

Le débiteur hypothécaire peut se défendre lui-même. Sans doute est-il dans une position subordonnée au moment du prêt, mais ce serait bannir toute application de l'autonomie de la volonté, que d'exiger entre les parties contractantes une identité économique et sociale absolue.

* * *

Quant à l'argument qui consiste à soutenir qu'en permettant la voie parée on introduirait une deuxième voie d'exécution d'origine privée à côté des voies d'exécution légales, faudrait-il s'y arrêter ?

La réponse à cette question se déterminerait, selon nous, d'après le plus ou moins de sagesse des règles légales d'exécution. Une procédure légale encombrée de formalités, de frais, de longueurs, d'incidents, autant de pièges sur le chemin difficile du créancier, devrait permettre aux parties de se ménager une voie d'exécution plus propice à leurs intérêts : une voie qui ne découragerait pas les capitaux et qui rendrait ainsi du crédit à toute une catégorie de propriétaires.

Mais en supposant une procédure légale raisonnable, qui réduise les formalités au minimum nécessaire à la protection de tous les intérêts en présence, alors nous dirons avec les adversaires de la clause : « La procédure de convention est inutile si elle renferme toutes les garanties

qu'exige le législateur, et qu'il a posées dans la loi de procédure; elle est dangereuse si elle ne les renferme pas» (55).

Or, la loi de 1841 sur la saisie immobilière peut-elle se vanter de correspondre à cet idéal législatif ? Ses auteurs le pensaient, considérant « qu'il n'y eût jamais dans aucun temps, dans aucun pays, une loi aussi longuement, aussi patiemment élaborée que la loi du 2 juin 1841 » (56).

Il semble que les auteurs de cette loi et ses premiers commentateurs se soient fait quelque illusion sur ce point. Le sentiment unanime de la pratique, est au contraire que la loi sur la saisie immobilière est une procédure encore beaucoup trop longue et hérissée de difficultés.

Aussi la commission qui étudie la révision du Code de procédure civile a fait un effort considérable tendant à réduire les formalités de la saisie immobilière au strict minimum jugé indispensable pour la sécurité du crédit.

On est alors bien obligé de reconnaître, dit M. le professeur Solus dans son rapport (57) devant cette commission, que cette simplification apportée à la procédure normale de la saisie immobilière rend moins impératif et moins opportun le rétablissement de la validité de la clause de voie parée.

Tel est également l'avis de M. *Morel* (58) : « Il est

(55) Cité par *Ch. Rameau*. De la Saisie immobilière et particulièrement de la clause dite de voie parée, dans *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, tome XVII, 1860, p. 435.

(56) *Lavielle*, op. cit.

(57) Non publié.

(58) Dans le grand traité de *Glasson et Tissier*, t. 4, p. 87.

certain que la clause de voie parée et les conventions voisines perdraient leur raison d'être le jour où le législateur se déciderait à simplifier les formalités de la saisie immobilière ».

Et M. le professeur Solus fait remarquer, en se plaignant non pas tellement au point de vue exclusif de la liberté des conventions, mais aussi et surtout au point de vue de la procédure d'exécution, que la voie parée ne doit être admise qu'avec beaucoup de circonspection.

« Quand le débiteur vend son immeuble à son créancier même hypothécaire, il fait une vente *volontaire*, qui s'analyse en une dation en paiement. Si au contraire le créancier fait jouer la clause de voie parée, on ne peut plus dire que le débiteur vend spontanément. Et il importe en conséquence de le protéger. C'est précisément cette protection que tend à assurer l'interdiction de la clause de voie parée, protection tout à la fois, il convient de le remarquer, du débiteur et des autres créanciers, ces derniers pouvant craindre que l'immeuble ne soit pas vendu à sa valeur.

L'Association Nationale des Notaires de France l'a bien compris puisque, en demandant la consécration légale de la validité de la clause de voie parée, elle subordonne cette validité à la nécessité d'une vente aux enchères, après publicité. Bref, elle exige que la vente soit entourée de certaines formalités.

Mais nous nous demandons alors si ces formalités, dont la nécessité est incontestable, ne vont pas enlever à la réforme demandée une grande partie de son utilité et de son efficacité ; et ceci, d'autant plus que, concurremment et parallèlement, les formalités ordinaires de la procédure de saisie immobilière sont réduites et simplifiées.

D'autre part, il ne faut pas oublier que s'il y a plu-

sieurs créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble vendu en vertu de la clause de voie parée, ces créanciers vont pouvoir ensuite poursuivre hypothécairement l'acquéreur. Celui-ci sera amené alors à procéder à la purge.

Et c'est une procédure de purge qui va ainsi se superposer aux formalités de la vente sur clause de voie parée.

Où se trouvent, dès lors, les simplifications et l'économie que l'on entendait réaliser en prônant le rétablissement de la validité de la clause de voie parée ? » (59).

* * *

L'analyse que nous venons de faire nous a permis de dégager les éléments fondamentaux de notre problème.

Il s'agit de savoir dans quelle mesure il est nécessaire de protéger le consentement du débiteur.

Il s'agit ensuite de savoir si les règles de l'expropriation doivent être considérées comme d'ordre public.

Une législation qui voudrait construire un système cohérent et s'inspirant de ces deux principes, devrait interdire d'abord le pacte comissoire et l'autorisation donnée au créancier de vendre l'immeuble à l'amiable.

Ces conventions vont directement à l'encontre des principes posés.

Quant à la voie parée, elle est suffisamment protectrice du débiteur pour qu'il n'y ait pas de raison de s'en

(59) Extrait du rapport de M. le professeur *Solus* à la Commission de Révision du Code de Procédure civile, siégeant au Ministère de la Justice en 1935. (non publié).

méfier, alors même que le débiteur y souscrirait au moment même du prêt.

Il en est ainsi tout au moins en matière de crédit hypothécaire.

Au contraire, les conventions qui dispenseraient le créancier gagiste d'un meuble et qu'on qualifie improprement de voie parée, d'accomplir les formalités légales, (autorisation de justice et vente publique), devraient rester interdites, car ces formalités représentent le minimum de protection nécessaire à cette catégorie spéciale de débiteurs.

Vu : *Le Doyen*,
Edgard ALLIX.

Vu : *Le Président de la Thèse*,
H. SOLUS

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris
S. CHARLETY

BIBLIOGRAPHIE

AUBRY et RAU. — 4^e édit., Cours de Droit civil français.
AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil français, 5^e édition
1900, tome III.

BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES. — Traité théorique et pratique de Droit civil, 3^e édition, Du nantissement, t. I.

PHILIPPE DE BEAUMANOIR. — Coutume du Beauvoisis, Paris, Jules Renoir et Cie, 1842.

BEAUNE. — Droit Coutumier Français. Les Contrats.

BEUDANT. — Cours de droit civil français. Les sûretés personnelles et réelles. I.

BOUTEILLER. — Somme rurale ou le Grand Coustumier général de pratique, Paris. Barthélemy Macé 1611.

CHAMPIONNIERE et RIGAUD. — Traité des droits d'enregistrement, Paris 1838, tome III.

ABEL-P. CHIRON. — Réalisation du gage civil et attribution du Prix, thèse Bordeaux, 1904.

COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français, 5^e édition, 1928, tome II.

FUSTEL DE COULANGES. — La cité antique, édition 1924.

Paul CUCHE. — Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution. 1933.

DELVINCOURT. — Cours de code civil, édition de 1819, tome III.

- Edouard DESSAUGES. — De la réalisation privée du gage, thèse Lausanne 1934.
- (TOULLIER)-DUVERGIER. — Le droit civil français. XVI, De la vente, tome I.
- ESMEIN. — Etude sur les contrats dans le très ancien droit français.
- GIRARD. — Histoire de l'organisation judiciaire des Romains, I. Les six premiers siècles de Rome. Paris 1901.
- GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain, 7^e édition.
- GLASSON, René MOREL et Albert TISSIER. — Traité théorique et pratique de procédure civile, 3^e édit., t. IV.
- GLASSON. — Histoire du Droit.
- GUILLOUARD. — Traité des privilèges et hypothèques, édition de 1897, tome II.
- GUILLOUARD. — Nantissement.
- Th. HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil, édition 1900, tome XIII.
- JOURDAN. — L'hypothèque.
- LABBE. — Explication historique des Institutes de J. Ortolan.
- LAURENT. — Principes de droit civil, 3^e édition, 1878, tome XXVIII.
- LAVIELLE. — Etudes sur l'administration de la justice civile dans Revue critique de législation et de jurisprudence, tome XVII, 1860, p. 35.
- LOYSEAU. — Les œuvres de maistre Loyseau, Paris, Pierre Menard 1660, Du déguerpissement.
- MACK. — De la négociation à crédit des valeurs à lots.
- MONTESQUIEU. — De l'esprit des lois.
- NOTE remise par l'Association Nationale des Notaires de France, à la Commission de révision du Code de procédure civile, siégeant au Ministère de la Justice, 1935.

OBSERVATIONS présentées en septembre 1850, à l'Assemblée Nationale, sur le projet de loi relatif au régime hypothécaire, par les délégués des notaires des départements.

PARDESSUS. — Loi salique.

PLANIOI et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français, Paris 1927, t. XII.

PONT. — Petits contrats, 2^e édition, Paris 1878, tome II.

POTHIER. — Traité des obligations, I, Paris, Thomine et Fortie, 1829.

POTHIER. — De l'hypothèque. Du nantissement.

Ch. RAMEAU. — De la saisie immobilière et particulièrement de la clause dite de Voie parée, dans revue Critique de Législ. et de Jurisprud. tome XVII, 1860, p. 435.

M. SOLUS Henri. — Rapport (non publié) devant la Commission de révision du Code de procédure civile, siégeant au Ministère de la Justice, en 1935.

TROPLONG. — De la vente, 4^e édition 1845, tome I.

TROPLONG. — Du nantissement.

De VATISMENIL. — Rapport fait à l'Assemblée Nationale au nom de la Commission de la réforme hypothécaire et du Crédit foncier, le 25 novembre 1850.

TABLE DES JUGEMENTS ET DES ARRETS CONSULTES

1. Toulouse, 16 mars 1812. — S. 1824. 2. 14, 15	128
2. Req. 14 avril 1813. — R. Nantiss., n° 271.....	117
3. Toulouse. 1 ^{er} mars 1822. — S. 1824. 2. 14, 15	128
4. Liège, 16 janvier 1826. — Pasicrisie, 1826, p. 20	115
5. Montpellier, 26 juillet 1833. — S. 1834. 2. 29	129
6. Bruxelles, 8 janvier 1834. — S. 1834. 2. 283	52
7. Paris, 17 mars 1834. — D. 1834. 2. 157	135
8. Req., 3 juillet 1834. — D. 1834. 1. 37	82
9. Req. 25 mars 1835. — S. 1836. 1. 110	68, 117
10. Lyon, 13 janvier 1839. — D. 1840. 2. 51	82
11. Paris 3 octobre 1839. — D. 1840. 2. 6.....	105
12. Montpellier, 6 mars 1840. — S. 1840. 2. 531	129
13. Montpellier, 17 mars 1840. — S. 1840. 2. 531 ..	129
14. Cass. 20 mai 1840.	
15. Rej. 20 mai 1840. — S. 1840. 1. 385	38, 135
16. Civ. 20 mai 1840. — Note de G. Massé.	
17. Cass. 20 mai 1840. — Réquisit. du procur. gén. Dupin.	
18. Montpellier, 17 août 1840. — D. 1844. 1. 344-S.	
40. 2. 531	82
19. Agen, 28 décembre 1842. — D. 1843. 2. 99	129
20. Civ., 1 ^{er} juillet 1844. — D. 1844. 1. 344	81, 82
S. 1845. 1. 17-Note Devilleneuve.....	124, 127

21. Req., 6 août 1845. — D. 1845. 1. 392	82
22. Bordeaux, 29 novembre 1848. — D. 1852. 2. 2. S. 1852. 2. 97	155, 166
23. Civ., 29 août, 1849. — D. 1849. 1. 273	151
24. Bourges, 5 juin 1852. — D. 1854. 2. 185. -J. du P. 1852. 2. 389	95
25. Req., 7 décembre 1852. — D. 1853. 1. 35	115
26. Montpellier, 1 ^{er} mars 1855. — D. 1856. 2. 219	148
27. Req., 21 mai 1855. — D. 1855. 1. 279-S. 1856. 1. 45	68, 96
28. Req., 22 mai 1855. — D. 1856. 1. 171-S. 1856. 1. 123	68
29. Req., 26 février 1856. — S. 1856. 1. 667	149
30. Civ., 1 ^{er} juillet 1856. — D. 1856. 1. 274-S. 1856. 1. 785	52, 110
31. Req., 28 avril 1857. D. 1857. 1. 219	117
32. Cass., 19 juin 1860. — S. 1860. 1. 689.....	103
33. Rouen, 24 janvier 1861. S. 1861. 2. 207	104
34. Amiens, 2 mars 1861. — S. 1861. 2. 158	104
35. Req., 2 décembre 1861. — S. 1863. 1. 153	103
36. Lyon, 30 décembre 1863. — D. 1867. 5. 286	81
37. Civ., 29 août 1865. — D. 1865. 1. 329-S. 1865. 1. 433	57
38. Req., 4 avril 1866. — D. 1867. 1. 33-S. 1866. 1. 433	111
39. Req., 19 mars 1867. — S. 1867. 1. 220-R. Nantiss. Supp. 117	112
40. Nancy, 3 mai 1867. — D. 1867. 2. 95	81
41. Civ., 24 mars 1870. — D. 1870. 1. 222.....	53
42. Req. 24 janvier 1872. — D. 1872. 1. 353-S. 1872. 1. 21	57

43. Toulouse, 27 juillet 1872. — S. 1874. 2. 178-D. 1873. 2. 230	53
44. Chambéry, 3 janvier 1873. — D. 74. 1. 241-(sous Req. 22 déc. 1873)	81
45. Lyon, 3 janvier 1873. — D. 1874. 1. 161-(s. Req. 12 janv. 1874)	81
46. Req., 11 mars 1879. — D. 1879. 1. 401	79
47. Montpellier, 23 juin 1879. — D. 1881. 1. 115-(s. Req. 10 mai 1880)	81
48. Bordeaux, 27 avril 1885. — D. 1886. 2. 263. 4	156, 166
49. Alger, 2 novembre 1885. — S. 1886. 2. 132....	81
50. Trib. de Nontron, 18 août 1886. — S. 1887. 2. 49, 51	76
51. Paris, 26 octobre 1886. — S. 1887. 2. 49, 51	76
52. Orléans, 20 novembre 1886. — S. 1887. 2. 49, 51..	76
53. Paris, 30 mai 1888. — D. 1893. 1. 227-(sous cas.)	149
54. Limoges, 18 juin 1888. — D. 1889. 2. 240	79, 81
55. Paris 18 avril 1889. — D. 1890. 2. 342	78
56. Civ., 13 juillet 1891. — D. 1893. 1. 227	149, 151
57. Grenoble, 13 novembre 1891. — D. 1892. 2. 310 ..	81
58. Req., 18 avril 1894. S. et P. 1895. 1. 238	68
59. Civ., 4 juin 1894. — D. 1894. 1. 555-S. 1894. 1. 393	91, 92
60. Civ., 4 février 1896. — S. 1897. 1. 269	76
61. Chambéry, 14 mars 1897. — D. 1897. 2. 374-S. 1897. 2. 284	73, 76
62. Poitiers, 24 mai 1897. — D. 1897. 2. 270	158
63. Req., 10 mai 1898. — D. 1898. 1. 387	97
64. Paris, 11 août 1898. — S. 1900. 1. 30-(sous cass.) ..	113
65. Tr. Civ. Seine, 6 décembre 1898. — Gaz. des Trib. 23 déc. 1898	66
66. Tr. Civ. Seine, 23 jan. 1899. — Gaz. des Trib.	

4 mai 1899	66
67. Tr. C. Saint-Nazaire, 11 nov. 1899. — Gaz. du Pal., 15 mai 1900	66
68. Tr. Civ. Seine, 1 ^{er} mars 1900. — « <i>La loi</i> » 17, 18 juin 1900	66
69. Paris, 28 mars 1900. — D. 1903. 2. 153	74
70. Rej., Civ., 30 avril 1900. — D. 1903. 1. 217	76
71. Req., 3 décembre 1900. — D. 1900. 1. 584.....	106
72. Amiens, 21 décembre 1900. — D. 1902. 2. 115. 66, 76	
73. Civ. Cass., 14 janvier 1902. — D. 1903. 1. 217 ..	76
74. Civ., 4 mars 1902. — D. 1903. 1. 215-S. 1905. 1. 495	91, 92, 111
75. Civ., 25 mars 1903. — D. 1904. 1. 273-(Note Guenée)	158
S. 1906. 1. 321	
76. Angers, 24 février 1904. — D. 1906. 2. 126	106
77. Req., 17 octobre 1906. — S. 1911. 1. 572-D. 1907. 1. 79	68
78. Paris, 28 décembre 1909. — S. 1910. 2. 169	106
79. Civ., 21 mars 1910. — S. 1913. 1. 545	98
80. Trib. Féd. Suisse « Arrêt <i>Louza</i> ». — Jour. des Tr. 1913. 1. 646	161
81. Req. 6 avril 1927. — S. 1928. 1. 59	109
82. Req. 8 mai 1934. — Gaz. du Pal. 1934, 2 ^e sem. p. 126	152

TABLE DES MATIERES

Avant-propos	5
Introduction historique	12

CHAPITRE PREMIER

<i>Des modes de réalisation du gage en droit romain ..</i>	16
§ 1. — Lorsque le gage était constitué par le pacte de fiducie	16
§ 2. — Lorsqu'il était constitué par le <i>Pignus</i> et par l' <i>Hypothèque</i>	19
Les droits du créancier qui, disposé à ven- dre, ne trouve pas d'acheteurs.....	28

CHAPITRE II

<i>Des modes de réalisation du gage dans l'ancien droit français</i>	32
Le système de la justice privée	33
Apparition d'une exécution réalisée avec l'aide ou l'autorisation de justice	33
Apparition du contrat de gage	34
L'hypothèque et l'antichrèse	36
L'aspect économique et social de l'idée de crédit dans l'ancien droit français	38
Règles juridiques de la réalisation du gage	39

LE DROIT MODERNE

Introduction	44
--------------------	----

CHAPITRE PREMIER

<i>Les règles légales de la réalisation du gage</i>	46
§ 1. — Règles légales de la réalisation du gage mobilier	46
1. — Si le créancier demande la vente du gage	47
2. — Si le créancier demande l'attribution de la propriété du gage	51
Exception à la règle de <i>l'impetratio domini</i> en matière commerciale. Loi du 23 mai 1863	52
§ 2. — Règles légales de la réalisation de l'anti- chèse	56
§ 3. — Règles de réalisation de l'hypothèque ..	58

CHAPITRE II

§ 1. — Distinction entre les différentes catégories de débiteurs selon leur position dans la négo- ciation du contrat de prêt	59
§ 2. — Limites de la liberté de régler par conven- tion la réalisation du gage, accordée à chacune de ces catégories de débiteurs	61

PREMIERE PARTIE

<i>Des conventions tendant à la réalisation privée du du gage mobilier et de l'antichrèse</i>	63
---	----

SECTION I. — Le pacte comissoire et les différentes conventions par lesquelles la propriété de l'objet nanti passe au cas de non-paiement au créancier	65
<i>Conventions d'attribution de propriété</i>	
1. — La vente de l'objet nanti est consentie postérieurement au prêt : valable	68
2. — Le gage restera au créancier non-payé à l'échéance, moyennant un prix à déterminer à cette époque : valable	69
3. — Si l'estimation est faite au moment du contrat : nulle	71
4. — La clause de liquidation : nulle	73
5. A. — Une vente à réméré dissimulant un pacte comissoire : nulle	76
B. — La vente à réméré simulée se combine avec une relocation de la chose au vendeur : contrat pignoratif : nul	79
6. — L'attribution de la propriété d'une chose non engagée, par une clause figurant dans un acte d'emprunt et subordonnée au non-paiement : valable	81
SECTION II. — Clauses par lesquelles le créancier est autorisé à réaliser le gage ou l'antichrèse sans respecter les formes légales	84
SOUS-SECTION I. Clauses de réalisation privée du gage	85

CHAPITRE PREMIER

<i>L'autorisation du juge est-elle indispensable ?</i>	86
---	----

Même si le gage est constitué par un titre au porteur	91
Quid si le gage a pour objet une créance ?....	93
<i>Cas où l'intervention de la justice est écartée</i>	
1. — Par des considérations tirées de la personne du débiteur : en matière commerciale, Loi du 23 mai 1863	102
2. — Par des considérations tirées de la personne du créancier	
a. prêts consentis par des établissements de crédit municipal	104
b. par la Banque de France	104
c. par le Crédit foncier	105
<i>Le juge compétent pour accorder cette autorisation est le tribunal civil</i>	
Quid du juge des référés ?	106
Compétence exceptionnelle du juge de paix	107

CHAPITRE II

La mise en cause du débiteur, l'expertise et la vente aux enchères sont-elles également obligatoires ?	108
Le débiteur garde le droit de vendre l'objet nanti	114
Il peut aussi donner mandat à un tiers ou au créancier gagiste lui-même de consentir cette vente en son nom	114
Conditions de validité de ce mandat	114
Restrictions résultant pour le créancier-mandataire des disp. de l'art. 1596 C. civ	115

SOUS-SECTION II. — Des conventions de réalisation privée de l'antichrèse. — La voie parée	116
Quelle est, par rapport à l'antichrèse, la portée de l'innovation de la loi de 1841 ?..	118

DEUXIEME PARTIE

<i>Des conventions tendant à la réalisation privée de l'hypothèque</i>	120
Cohérence du système antérieur à la loi de 1841	121

SECTION I. Du pacte comissoire et de la clause de voie parée en matière hypothécaire dans le système antérieur à la loi de 1841	124
Le pacte comissoire	124

CHAPITRE PREMIER

Le pacte comissoire	124
---------------------------	-----

CHAPITRE II

La clause de voie parée	132
La jurisprudence la valide	134
Le vote de la loi du 2 juin 1841	138

SECTION II. — Le nouvel article 742 du Code de procédure civile et son interprétation jurisprudentielle	140
Griefs des partisans de la clause prohibée contre le nouvel article 742	141
Texte proposé par l'Association Nationale des Notaires de France	143

Argument tiré de la loi du 28 mars 1852 (Crédit fonc.)	144
Le projet de loi de 1856	145
La proposition de loi Dupuy-Dutemps	146
Attitude de la Jurisprudence devant le nouvel art. 742	147
A. Répercussions sur le pacte commissoire ..	148
B. Interprétation restrictive donnée par la jurisprudence à la convention de voie pa- rée proprement dite	153
Comment la jurisprudence justifie-t-elle la vali- dité des conventions de voie parée non pro- hibées ?	154
Est valable tout mandat révocable ou même irrévocable si inséré post intervallo	155
Quelle est la justification de l'interdiction con- tenue dans l'art. 742 C. proc. civ. ?	159
Incohérence et contradiction du système juris- prudentiel	160
SECTION III. — Quelle est la nature juridique de la voie parée et dans quel sens pourraient se diriger les réformes législatives ?	160
Critique de la conception selon laquelle la voie parée serait un mandat	161
Serait-elle une voie privée d'exécution, fonction- nant parallèlement aux voies d'exécution lé- gales ?	164
Quelle est la voie dans laquelle devraient s'en- gager la jurisprudence et la législation ?	166

